

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

LA FAILLITE
dans les
relations de droit international privé
de la Suisse

Thèse présentée pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT

par

LOUIS JACOT

Licencié en droit, avocat

Premier Secrétaire du Département des Finances
du Canton de Neuchâtel

NEUCHÂTEL
IMPRIMERIES RÉUNIES BOREL & SEILER S. A.
1932

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

LA FAILLITE
dans les
relations de droit international privé
de la Suisse

Thèse présentée pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT

par

LOUIS JACOT

Licencié en droit, avocat

Premier Secrétaire du Département des Finances
du Canton de Neuchâtel

NEUCHÂTEL
IMPRIMERIES RÉUNIES BOREL & SEILER S. A.
1932

*27703

*La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le
Professeur G. Sauser-Hall, autorise l'impression de la thèse de M. Louis Jacot,
intitulée : La faillite dans les relations de droit international privé de la Suisse.
Elle ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions
devant être considérées comme propres à l'auteur.*

Neuchâtel, le 11 mai 1932.

*Le Doyen de la Faculté de Droit :
BÉGUELIN.*



LA FAILLITE
dans les
relations de droit international privé
de la Suisse

ABRÉVIATIONS

A. T. F.	Arrêt du Tribunal fédéral.
C. C. Fr.	Code civil français.
C. Com.	Code de commerce français.
C. C. S.	Code civil suisse.
Clunet	Journal de droit international privé.
C. O.	Code fédéral des obligations.
J. d. T.	Journal des Tribunaux.
J. d. T. P.	Journal des Tribunaux partie spéciale de la poursuite pour dettes.
L. P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.
R. O.	Recueil officiel.



N. B. Les références n'indiquent en général que le nom des auteurs. L'index bibliographique permet de trouver le titre exact de l'ouvrage auquel on se réfère.

Table des Matières

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

Le principe de l'unité et le principe de la territorialité de la faillite

§ 1.	L'unité de la faillite	2
§ 2.	La territorialité de la faillite	4
§ 3.	Aperçu de droit comparé.	5
§ 4.	Principes appliqués en Suisse	8

LIVRE PREMIER : DROIT COMMUN

Première partie : Poursuite intentée et faillite prononcée en Suisse

CHAPITRE II

De la capacité active et passive et des divers modes de poursuite

§ 5.	Du débiteur.	11
§ 6.	Des créanciers.	13
§ 7.	Des divers modes de poursuite	18

CHAPITRE III

Du for de poursuite

A. Quels débiteurs peuvent être poursuivis en Suisse

§ 8.	Le for de la poursuite est au domicile du débiteur	19
§ 9.	Absence de domicile fixe	22
§ 10.	Etablissement en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger	22
§ 11.	Election de domicile	23
§ 12.	Fors spéciaux	25

B. Quels créanciers peuvent poursuivre en Suisse

§ 13.	Conséquence de l'application du principe de la territorialité	28
§ 14.	For naturel et principal et for subsidiaire.	33
§ 15.	Le for général de poursuite du débiteur est à l'étranger	34
§ 16.	Le for général de poursuite du débiteur est en Suisse	36

VIII

CHAPITRE IV

Des biens

§ 17.	Des biens saisissables	39
§ 18.	Des biens insaisissables	42

CHAPITRE V

Examen de certaines difficultés résultant de l'application de la L. P. en matière internationale

A. De la notification des actes de poursuite

§ 19.	Notification au débiteur	45
§ 20.	Notifications à d'autres personnes que le débiteur	48

B. Prolongation des délais

§ 21.	Du délai d'opposition	50
§ 22.	Prolongation d'autres délais	52

C. Indication du montant de la dette en monnaie légale suisse

§ 23.	Art. 67 ch. 3 L. P.	55
-------	-----------------------------	----

D. Le séquestre

§ 24.	Cas de séquestre	64
§ 25.	Délivrance d'actes de défaut de biens après séquestre	68

CHAPITRE VI

Du jugement de faillite

§ 26.	Effets du jugement de faillite prononcé en Suisse quant aux biens du débiteur sis à l'étranger	69
§ 27.	Effets du jugement de faillite quant aux droits des créanciers	71

CHAPITRE VII

Des droits de préférence

§ 28.	Différentes espèces de droits.	74
-------	--	----

I. Créances garanties

§ 29.	Caractère du droit de garantie.	75
-------	---	----

A. La garantie naît directement du droit principal

§ 30.	Garantie légale	76
-------	---------------------------	----

B. La garantie ne naît pas directement du droit principal

§ 31.	Garantie conventionnelle	80
§ 32.	Garantie provenant d'un jugement	82
§ 33.	Garantie provenant d'un séquestre ou d'une saisie.	83
§ 34.	Garantie provenant d'un testament.	86

II. Créances privilégiées

§ 35.	Généralités	87
§ 36.	Femme étrangère	88
§ 37.	Epoux anglais	89
§ 38.	Mineur étranger	92

CHAPITRE VIII

De la revendication et de l'action paulienne

§ 39.	Revendication du propriétaire	94
§ 40.	Cas spéciaux de revendication	96
§ 41.	L'action paulienne	100

CHAPITRE IX

Le concordat

§ 42.	Quel débiteur peut solliciter un concordat	105
§ 43.	Quels créanciers participent au concordat	105
§ 44.	Quels biens doivent être pris en considération	106
§ 45.	Des effets du concordat	108

Deuxième partie : Faillite étrangère

CHAPITRE X

Jugement de faillite prononcé à l'étranger

§ 46.	Reconnaissance et exécution en Suisse du jugement étranger	111
§ 47.	Effets de la faillite étrangère quant au contrat	113
§ 48.	Effets quant à la créance	114
	I. Effets quant au montant	114
	II. Effets quant au cours des intérêts	115
	III. Effets quant à la prescription	117
§ 49.	Effets en Suisse des actes de défaut de biens étrangers	119

CHAPITRE XI

De l'action paulienne

§ 50.	Généralités	124
§ 51.	Qui peut intenter l'action paulienne	126

CHAPITRE XII

Du concordat

§ 52.	Effets en Suisse du concordat étranger	128
-------	--	-----

X

LIVRE DEUXIEME : DROIT CONVENTIONNEL

Première partie : De divers traités

CHAPITRE XIII

Traités conclus par les Cantons

§ 53.	Répertoire et texte	131
§ 54.	Applicabilité de ces traités	134

CHAPITRE XIV

Traité conclu par la Confédération

§ 55.	Traité italo-suisse de 1868.	138
-------	--------------------------------------	-----

Deuxième partie : Du Traité franco-suisse

§ 56.	Texte (extraits).	140
-------	---------------------------	-----

CHAPITRE XV

Champ d'application du Traité

§ 57.	Personnes physiques	142
§ 58.	Personnes juridiques	146
§ 59.	De la liquidation judiciaire et de la cessation de paiements	148
§ 60.	Débiteurs étrangers	149
§ 61.	Quelles personnes peuvent invoquer l'art. 7	151
§ 62.	Traité franco-suisse et droit commun	151
§ 63.	Traité franco-suisse et droit public	151
§ 64.	Traité franco-suisse et autres traités conclus par la France	152

CHAPITRE XVI

De la capacité active et passive et des divers modes de poursuite

§ 65.	De la capacité active et passive	154
§ 66.	Poursuite par voie de saisie et poursuite par voie de faillite	155
§ 67.	Poursuite en réalisation de gage	156

CHAPITRE XVII

Du for de la poursuite

§ 68.	Règle générale	161
§ 69.	L'élection de domicile, art. 3 du Traité.	163
§ 70.	For de la poursuite en réalisation de gage	165
§ 71.	Changement de domicile.	166
§ 72.	For de la poursuite contre une succession	167

CHAPITRE XVIII

Du jugement de faillite et de ses effets

§ 73.	Généralités	169
§ 74.	Effets quant aux biens du débiteur	171
§ 75.	Effets quant aux droits des créanciers	172
§ 76.	De la revendication.	174
§ 77.	De l'action paulienne	175

CHAPITRE XIX

Des droits de préférence

§ 78.	Les droits de préférence de la loi française	176
§ 79.	Etude comparative du droit français et du droit suisse	179
§ 80.	Divergences entre la procédure de faillite française et la procédure suisse	189
§ 81.	Des différentes solutions données par les commentateurs aux problèmes soulevés par les al. 4 et 5 de l'art. 6 du Traité	191
§ 82.	Système adopté	192

CHAPITRE XX

Du séquestre

§ 83.	Jurisprudence du Tribunal fédéral	202
§ 84.	Critique de cette jurisprudence.	204

CHAPITRE XXI

Du droit de poursuivre le débiteur pour le solde impayé après clôture de la faillite

§ 85.	Jusqu'à quand le Traité déploie-t-il ses effets ?	210
-------	---	-----

CHAPITRE XXII

Le concordat

§ 86.	L'art. 8 du Traité	215
-------	------------------------------	-----

APPENDICE I

Projet de révision du Traité franco-suisse de 1869 en matière de faillite présenté par le Gouvernement français (10 déc. 1921)	219
---	-----

APPENDICE II

Projet d'une convention sur la faillite élaboré à la Conférence de droit international privé tenue à La Haye du 12 oct. au 7 novembre 1925	223
---	-----

Index bibliographique

- Actes de la Conférence de droit international privé - tenue à La Haye du 12 octobre au 7 novembre 1925.
- Asser, P. M. C.* (trad. Rivier). Eléments de droit international privé ou conflits de lois, Paris 1884.
- Aujay, A.* Etudes sur le Traité franco-suisse de 1869, Paris 1903.
- von Bar, L.* Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 vol., Hannover 1889, *cité von Bar*.
Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892.
- Baudry-Lacantinerie* Précis de droit civil, 9^{me} édition, Paris 1905.
- Bloch* Etude sur la faillite en droit international privé et particulièrement des conflits de lois en matière de faillite au point de vue de la législation française actuelle (1892).
- Blumenstein, E.* Handbuch des schw. Schuldbetreibungsrechtes, Berne 1909.
Der Wohnsitz im sogenannzen Ausländerarrest
Archiv. für Schuldbetreibung u. Konkurs 12.90.
- Bonnard, H.* Le séquestre d'après la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Thèse, Lausanne 1914.
- Bonnecase* La faillite en droit international privé. Clunet 1912 p. 752 et suiv., 1072 et suiv.
- Brocher, Ch.* Commentaire pratique et théorique du Traité franco-suisse de 1869. Genève 1879.
- Carle* (trad. E. Dubois). La faillite dans le droit international privé. Paris 1875.
- Curti* Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15 Juni 1869. Zurich 1879.
- Dalloz* Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence, vol. VI. Paris 1914.
- Diena, G.* La répression internationale des infractions en matière de faillite. Clunet 1905 p. 546.
- Fiore* Del Fallimento secondo il diritto privato internazionale. Pise 1873.

XIV

- Gemma* Il fallimento nei rapporti internazionali. Milan 1897.
Jäger (trad. Petitmermet et Bovay). Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Lausanne 1920.
- Jitta* La codification du droit international de la faillite. La Haye 1895. L'évolution du droit international de la faillite (dans Annuaire international de Grotius pour 1924).
- Journal de droit international privé. Clunet, Paris.
- Journal des Tribunaux et Revue judiciaire, Lausanne.
- Kohler* Leitfaden des deutschen Konkursrechts 1893.
 Lehrbuch des Konkursrechts 1891.
- Lapradelle & Niboyet* Répertoire de droit international, vol. VIII (Faillite). Paris 1930.
- Laurent* Le droit civil international. Bruxelles 1881. Principe de droit civil français, 2^{me} édition. Bruxelles 1878.
- Leemann* Der schweizerische Verlustschein. Berne.
- Martin* Du Traité conclu entre la France et la Suisse le 15 juin 1869 et de la nécessité de le reviser, dans Journal de droit international privé VI p. 117.
- Meili* Das internationale Civil und Handelsrecht. Zurich 1902.
 Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht. Zurich 1907.
 Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts. 1908.
 Lehrbuch des internationalen Konkursrechts Zurich 1909, citée *Meili*.
- Meunier-Dollfuss* Les effets de la faillite et de la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux 1894.
- Ott* Der Arrestverfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Zurich 1900.
- Perrier* Les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé. Thèse Lausanne 1906.
- Petitpierre* La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse. Thèse Neuchâtel 1924.
- Pillet* Traité théorique et pratique du droit international privé. Paris 1924.
- Planiol & Ripert* Traité pratique de droit civil français. Paris 1926.
- Pouillet* Manuel de droit international privé belge. Paris 1925.
- Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral. Lausanne.
- Roquin* Conflits de lois suisses en matière internationale et intercantonale. Lausanne 1891.
- Sauser-Hall* Les Traités de paix et les droits privés des neutres. Lausanne 1924.
- Secrétan* Des effets que peuvent produire en Suisse des jugements français de faillite (dans Journal des Tribunaux 1928 p. 2).

<i>Seuffert</i>	Deutsches Konkursprozessrecht. Leipzig 1899.
<i>Travers</i>	La faillite et la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux. Paris 1894.
<i>Vincent & Pénard</i>	Dictionnaire de droit international privé (1888 faillite).
<i>Walker</i>	Internationales Privatrecht, vierte Auflage, Wien 1926.
<i>Weiss</i>	Traité théorique et pratique de droit international privé, 3 ^{me} édition. Paris 1907-1913.
	Manuel de droit international privé, 8 ^{me} édition, Paris 1920.
<i>Westlake</i>	Traité de droit international privé, 5 ^{me} édition, Paris 1914.
<i>Zitelmann</i>	Internationales Privatrecht, Leipzig et Munich 1912.



Introduction

La faillite est constituée par un ensemble de mesures tendant à la liquidation des biens du débiteur au profit de ses créanciers. Elle modifie la condition juridique des créanciers en les privant du droit de poursuites individuelles, et du débiteur en le dessaisissant de l'administration de son patrimoine ; elle nécessite une intervention importante de l'autorité judiciaire pour prononcer l'ouverture de la procédure et pour contrôler la marche des opérations ¹.

La complexité de la faillite soulève en droit international des difficultés relatives à l'autorité des jugements étrangers et des conflits de compétence législative ou judiciaire.

Le développement des relations internationales a eu pour effet de multiplier les situations complexes et il arrive fréquemment qu'un débiteur ait des biens, des résidences ou des établissements sur le territoire de divers Etats. Souvent les créanciers ou les débiteurs sont de nationalités différentes et sont domiciliés dans divers pays.

Pour résoudre les difficultés et les conflits qui surgissent lorsqu'un tel débiteur est mis en faillite, le droit suisse ne contient que de rares dispositions. Le but de notre travail était de dégager du droit positif et de la jurisprudence, les principes de notre droit international privé suisse en matière de faillite et d'examiner ensuite l'application de ces principes à tout le processus de l'exécution forcée.

¹ Lapradelle vol. VIII p. 289.

CHAPITRE I

Le principe de l'unité et le principe de la territorialité de la faillite

La solution des différents conflits de droit international privé suisse en matière de faillite dépend de la solution de cette question préjudicielle : un jugement de faillite prononcé à l'étranger est-il exécutoire en Suisse et inversement un jugement de faillite prononcé en Suisse est-il exécutoire à l'étranger ? Si cette question est résolue affirmativement, il n'y aura qu'une faillite possible. C'est le système de l'unité ou de l'universalité de la faillite (unité parce qu'une seule faillite est possible, universalité parce que cette faillite embrasse *tout* l'actif du débiteur). Si au contraire elle est résolue négativement, il y aura plusieurs faillites possibles. C'est le système de la pluralité de faillites. Comme les effets de la faillite sont alors limités au territoire de l'Etat où est intervenue la déclaration, ce système est appelé généralement territorialité de la faillite.

§ 1. L'unité de la faillite ¹

Les partisans de l'application du principe de l'unité de la faillite font valoir les raisons suivantes :

Parmi les motifs qui ont engagé les Etats à instituer la faillite, l'un — et ce n'est pas le moindre — a été de permettre une répartition équitable des biens d'un débiteur entre ses créanciers. Pour atteindre ce but, il est nécessaire que *tous* les biens du débiteur soient

¹ Meili 18, 20, 34, 39, Vincent et Pénaud, Dictionnaire 1888 p. 593, 1889 p. 50. Lyon Caen et Renault vol. VIII N° 1224 et suiv.; Pillet II N° 772 (p. 871); Lapradelle VIII p. 290 et suiv.; Kohler Lehrbuch p. 603; Leitfaden p. 310. Diena p. 484; Ramella II p. 516. Walker p. 439; von Bar II p. 555 et suiv.

répartis entre *tous* ses créanciers. On ne conçoit dès lors qu'une seule masse comprenant tous les biens, même s'ils se trouvent dans des pays différents, et la faillite déclarée dans un Etat devra déployer ses effets dans les autres Etats. Ce principe de l'unité et de la force attractive de la faillite est consacré par la législation de la plupart des Etats à l'intérieur de leur territoire. L'application de ce système en droit international privé se justifie par les mêmes raisons pratiques qu'en droit interne. Le système de l'unité est le seul conforme au principe fondamental de l'unité du patrimoine. En outre, une liquidation uniforme est plus rapide et moins coûteuse.

Les arguments juridiques des partisans de ce système sont très variés : selon les uns, la faillite rentre dans le statut personnel et comme ils admettent que le statut d'un individu doit être le même dans tous les pays, ils en déduisent que la faillite doit avoir des effets extraterritoriaux. Mais cette théorie repose sur une fausse appréciation du jugement de faillite. Celui-ci ne modifie en rien le statut du failli. Il ne restreint pas sa capacité, mais lui enlève simplement la libre disposition (ou la propriété ¹) de ses biens au profit de la masse. Il y a du reste inconséquence de la part des partisans de cette théorie, à classer la faillite dans le statut personnel tout en la faisant régir par la loi du domicile alors qu'ils admettent que c'est la loi nationale qui détermine le statut personnel. Pour être conséquent, Weiss ² propose comme loi unique, la loi personnelle du failli, mais il se heurte au droit positif et aux principes du droit interne qu'il se propose d'étendre au droit international ³.

D'autres auteurs considèrent la masse comme une personne juridique publique parce que créée directement par l'Etat. Le curateur, investi d'une véritable mission publique doit être reconnu à l'Etranger dans la mesure où l'ordre public ne s'y oppose pas.

¹ Bankruptcy Act N° 48.

² Traité VI p. 216.

³ Lapradelle VIII p. 294.

Lapradelle ¹ et Weiss ² font remarquer avec raison que la masse peut tout au plus constituer une personne morale, mais ne peut être une personne de droit public.

§ 2. La territorialité de la faillite

Il est incontestable que la pluralité de faillites crée des inégalités entre créanciers. Ce système peut aussi conduire à des abus au détriment du débiteur. Par exemple, lorsque les tribunaux d'un Etat ne reconnaissent pas les effets d'un concordat homologué à l'Etranger, il peut arriver qu'un débiteur soit poursuivi par un créancier pour le solde impayé par le concordat étranger et que les biens du débiteur soient réalisés quand bien même ils auraient été pris en considération pour la fixation du dividende concordataire et quand bien même ce créancier aurait adhéré au concordat. Certains pays ont tenté de remédier aux inconvénients résultant de l'application du principe de la territorialité en édictant diverses prescriptions dont l'application nous paraît difficile ³.

Cependant, selon nous, le principe de la territorialité est d'une application plus simple que le principe de l'unité de la faillite. Il serait malaisé de former une seule masse comprenant des biens sis dans les pays fort éloignés. Le principe de l'unité ne donne pas à lui seul la solution des difficultés qui résultent de l'exécution dans un pays d'un jugement rendu à l'Etranger ; l'exéquatur du jugement devra être obtenu. Il en résulte une procédure nouvelle. Il y a en outre des droits acquis à respecter. Les partisans du principe de l'unité sont loin d'être d'accord sur les effets que peut produire un jugement de faillite étranger. Lorsque les législations des pays présentent de grandes divergences, les inconvénients de la pluralité

¹ Vol. VIII p. 294.

² Traité vol. VI p. 234.

³ Ainsi la Hollande, faillissementwet art. 203-205, cf le texte § 16 ci-dessous.

de faillite sont nombreux, mais ces inconvénients nous paraissent plus graves en cas d'unité de faillite, en particulier pour la question des privilèges. Le principe de l'unité de la faillite n'a du reste de valeur qu'à condition de réciprocité. Il nous paraît intéressant d'examiner rapidement quels sont les principes admis dans les divers pays.

§ 3. Aperçu du droit comparé

a) Droit positif.

Très rares sont les pays qui ont des dispositions à ce sujet. En Hollande, un projet de loi sur la faillite de 1887 avait consacré l'application du principe de l'unité de la faillite en droit international ¹.

Mais ce projet n'a pas été adopté. La loi hollandaise adopta le principe de la territorialité et imposa aux créanciers qui ont produit dans différentes faillites, le rapport des dividendes touchés à l'étranger à la masse hollandaise ².

La loi autrichienne sur la faillite a des dispositions expresses de droit international ³. Elle stipule la territorialité de la faillite pour les immeubles, et, l'unité pour les meubles à condition de réciprocité. La Hongrie a adopté des dispositions identiques ⁴. Cette combinaison de deux systèmes a pour effet, selon nous, de cumuler les

¹ Meili 39 : art. 211. La faillite déclarée à l'étranger par le pouvoir compétent d'après la loi étrangère, est reconnue dans les Pays-Bas.

Elle a, quant aux droits et aux actes juridiques auxquels la loi néerlandaise est applicable, les mêmes effets qu'aurait eus une faillite déclarée dans les Pays-Bas.

Art. 212. Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables lorsque, d'après la loi néerlandaise, le juge néerlandais est compétent pour la déclaration de faillite.

Art. 213. Pour l'application du second alinéa de l'art. 211, les effets de la faillite prononcée à l'étranger ne commenceront qu'à partir du jour où la faillite aura été rendue publique dans les Pays-Bas, par le moyen d'une annonce insérée dans le Journal officiel. — La déclaration de faillite ne peut être opposée à celui qui prouve que, malgré la publication légale, elle n'a pu être connue dans le lieu de son domicile. — Celui qui a eu connaissance de la faillite par une autre voie ne peut invoquer le bénéfice de ces dispositions.

² Art. 203-205 cf ces dispositions au § 16 ci-dessous.

³ Art. 66 et 67 Ö. K. O.

⁴ Lapradelle VIII p. 371.

difficultés résultant de l'application de chacun d'eux et d'en créer encore de nouvelles.

D'après la loi suédoise ¹ le Tribunal internationalement compétent pour déclarer la faillite serait le tribunal national du débiteur, et seule la faillite ainsi ouverte aurait un effet extraterritorial. Cependant, en matière de concordat, il a été jugé ² qu'un concordat homologué à l'étranger n'était pas opposable au créancier qui n'a pas donné son adhésion.

En Amérique latine, alors que la loi uruguayenne ³ et le Code argentin ⁴ s'en tiennent rigoureusement au principe de la territorialité et créent de véritables privilèges au profit des créanciers nationaux, le Brésil adopte le principe de l'unité et détermine exactement dans quelles conditions un jugement de faillite étranger déploie ses effets ⁵.

b) La jurisprudence.

Les lois françaises ne contiennent aucune disposition permettant d'adopter l'un des systèmes plutôt que l'autre. Actuellement, la jurisprudence est cependant constante et, à défaut de conventions, les tribunaux appliquent le principe de la territorialité ⁶. Il en est de même en Allemagne ⁷. En Italie, la jurisprudence s'est profondément modifiée. Autrefois, les jugements de faillite étrangers et les concordats déployaient leurs effets en Italie même sans exequa-

¹ Du 18 septembre 1862, Lapradelle VIII p. 376.

² Cour suprême de Suède, 30 mars 1900 Clunet 1902 p. 180.

³ Code de commerce art. 1537-1539 Lapradelle VIII p. 380 Clunet 1897 p. 772.

⁴ De décembre 1902 art. 1385. Lapradelle VIII p. 380.

⁵ Décret 5.746 du 9 décembre 1929, art. 160-166, Clunet 1931 p. 606, Lapradelle VIII p. 379.

⁶ Effets produits en France par un jugement étranger en matière de faillite par J. Perroud. Clunet 1929 p. 281. Lapradelle VIII p. 323.

⁷ Tribunal régional de Colmar, 31 mars 1908, Clunet 1910 p. 613. Lapradelle VIII p. 369.

tur ¹ ; puis l'exequatur devint de plus en plus nécessaire ². En matière d'exequatur, le Décret loi du 20 juillet 1919 N^o 1172, converti en loi par la loi du 28 mai 1925, a rendu sensiblement plus rigoureux le contrôle exercé sur les jugements étrangers ³. Remarquons que la nouvelle loi italienne de 1930 sur la faillite et le concordat préventif ne contient aucune disposition relative aux effets des faillites étrangères en Italie ⁴.

En Angleterre, il a été jugé ⁵ que « le jugement dessaisit le failli au bénéfice du syndic et ne borne pas ses effets au territoire de la juridiction qui a prononcé la faillite ». Il est cependant fait une exception pour les immeubles situés en Angleterre (relevons que d'après la loi anglaise le trustee devient propriétaire des biens du failli). L'effet extraterritorial de la faillite n'est cependant reconnu que si la loi de la faillite l'admet elle-même ⁶.

Tandis que les tribunaux du Danemark ⁷, d'Egypte ⁸, des Etats-Unis ⁹ (sauf diverses exceptions résultant des principes de « courtoisie »¹⁰) et de presque tous les Etats de l'Amérique latine, Uruguay, Argentine, Pérou (Brésil excepté), appliquent le système de la territorialité, le système de l'unité est reconnu par les tribunaux de la

¹ Cours de Gênes 9 avril 1888. Clunet 1889 p. 911.

² Cf. Milan 1 avril 1924. Clunet 1925 p. 1116.

³ Lapradelle VIII p. 373.

⁴ Lapradelle VIII p. 374.

⁵ Haute Cour de Justice Banc du Roi 5 avril 1921 Clunet 1922 p. 438; idem Haute Cour de Justice K. B. div. 13 février 1911 Clunet 1912 p. 885.

⁶ Lapradelle VIII p. 372.

⁷ Lapradelle VIII p. 372. Cour suprême Danemark 14 février 1887 Clunet 1889 p. 725.

⁸ Cour d'appel mixte d'Alexandrie 24 décembre 1924 Clunet 1930, p. 765; idem Trib. mixte de commerce d'Alexandrie 28 mai 1923 Clunet 1924 p. 1109.

⁹ Clunet 1908 p. 1322.

¹⁰ Lapradelle VIII p. 379.

Belgique¹, du Luxembourg², de la Norvège³, de l'Espagne⁴, de Roumanie⁵, de la Tchécoslovaquie⁶ et de la Grèce⁷.

§ 4. Principes appliqués en Suisse

L'art. 197 L. P. stipulant que : « tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent et sont affectés au paiement des créanciers », consacre le principe de l'unité et de la force attractive de la faillite. Cependant, l'art. 55 L. P. prescrit que la faillite ne peut être ouverte en même temps dans plusieurs endroits de la Suisse. Le législateur n'a donc eu en vue l'unité de la faillite qu'en droit interne et non en droit international. Il ne fait aucun doute qu'en matière internationale, le législateur ait adopté le principe de la territorialité. En effet, selon l'art. 271 ch. 4 L. P., le créancier peut requérir un séquestre lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse (rappelons que le séquestre crée un for de poursuite, art. 52 L. P.). Si le législateur avait voulu consacrer l'application du principe de l'unité de la faillite, le créancier aurait dû poursuivre son débiteur au for du domicile à l'étranger. Les fors de poursuite en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger, tels qu'ils sont prévus aux art. 50 et suiv. L. P.⁸ ne se justifient que par le système de la territorialité de la faillite.

¹ Lapradelle VIII p. 371, Clunet 1880 p. 93, 1907 p. 749, 1929 p. 198.

² Cour d'appel de Luxembourg 19 mars 1926, Clunet 1930, p. 821.

³ Cour suprême de Christiania 29 janvier 1887 Clunet 1890 p. 164, Lapradelle VIII p. 374.

⁴ Lapradelle VIII p. 372.

⁵ Lapradelle VIII p. 375.

⁶ Cour suprême de Brno 23 octobre 1930. Clunet 1931 p. 718.

⁷ Cour d'appel de l'Egée 1929 N° 166 Clunet 1930 p. 821 Lapradelle VIII p. 372.

⁸ Voir ci-dessous le chapitre sur le for de poursuite.

Le Tribunal fédéral a toujours jugé¹ que l'unité de la faillite était restreinte au territoire suisse et qu'en matière internationale, nous devons appliquer le principe de la territorialité de la faillite, à moins de dispositions contraires des traités.

Le principe de la territorialité s'applique non seulement à la faillite mais encore aux autres modes de poursuites et au concordat².

Nous diviserons donc notre étude en deux parties, la première traitant le droit commun et la seconde le droit conventionnel.



¹ A. T. F. 42 III p. 471 J. d. T. 1917 P. p. 38 A. T. F. 30 janvier 1912 J. d. T. 1912 Pp. 79 A. T. F. 26 septembre 1912 J. d. T. 1913 p. 180. A. T. F. 29 octobre 1914 J. d. T. 1915 Pp. 27 A. T. F. 30 avril 1914 J. d. T. 1914 Pp. 112 A. T. F. 30 janvier 1922 J. d. T. 1922 Pp. 79.

² A. T. F. 26 septembre 1912 J. d. T. 1913 p. 180.

Livre Premier : Droit commun

PREMIÈRE PARTIE

Poursuite intentée et faillite prononcée en Suisse

CHAPITRE II

De la capacité active et passive et des divers modes de poursuite

§ 5. Du débiteur ¹

Les conditions qu'une personne doit réunir pour pouvoir être poursuivie, constituent la capacité passive de poursuite. Cette capacité doit être distinguée nettement de la capacité civile ou statut d'une personne. Alors que la capacité civile est déterminée, en principe, par la loi nationale, la capacité de poursuite, pour toute poursuite intentée en Suisse, sera régie par la loi suisse. En effet, les dispositions relatives à la poursuite et à la faillite ont pour but de contraindre le débiteur récalcitrant à exécuter ses engagements et de déterminer la répartition des biens du débiteur insolvable entre ses créanciers. Ces dispositions ont un caractère d'ordre public et s'imposent à toutes les personnes se trouvant sur le territoire suisse. C'est donc la loi suisse qui déterminera la capacité de poursuite.

¹ Meili 25; Kohler Lehrbuch p. 88; Lyon Caen et Renault VIII N° 1227; Ramella II.517. Sauser Hall p. 38.

Le T. F. a jugé¹ que d'après les principes généraux, la capacité de s'obliger implique, dans la mesure où elle existe, la capacité d'agir en justice et la capacité active et passive en matière de poursuite.

Selon nous, dans le cas jugé par le T. F., la question de la capacité passive ne se posait pas. En Suisse, toute personne ayant la jouissance des droits civils peut être poursuivie. Il n'est pas nécessaire que le poursuivi possède l'exercice des droits civils².

Le mineur peut donc être poursuivi en Suisse. Cependant, quand un étranger réside en Suisse, il s'agit d'examiner s'il a la capacité civile, d'après sa loi nationale (sauf les restrictions prévues aux articles 7 et suivants de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil) pour savoir s'il a un représentant légal à l'étranger afin de déterminer à qui doit être notifié le commandement de payer³.

La capacité passive des personnes morales sera déterminée par la loi suisse, mais la question de la capacité civile relèvera par contre toujours de la loi du pays où la société a été constituée. Ainsi pour une société étrangère d'un genre inconnu du droit suisse, la question de son existence sera déterminée par la loi du pays où elle a son siège⁴.

Les personnes de droit public étrangères sont soumises au droit suisse, tout au moins lorsqu'elles répondent comme sujets de droit privé d'engagements devant recevoir leur exécution en Suisse⁵.

A ce sujet, il convient de relever que pendant la guerre, le Conseil fédéral, afin d'éviter des conflits internationaux a promulgué en vertu de ses pleins pouvoirs l'arrêté suivant⁶ : « Un séquestre au sens de l'art. 271 L. P. ne peut en aucun cas être ordonné à l'égard

¹ A. T. F. 56 III 55.

² Cf. Jäger ad art. 38 rem 4.

³ Cf. § 8 sur la possibilité de poursuivre en Suisse le débiteur résidant en Suisse qui a un représentant légal à l'étranger.

⁴ Cf. § suivant sur la jurisprudence du Tribunal Fédéral en cette matière.

⁵ A. T. F. 44 I 53 J. d. T. 1918 p. 594. A. T. F. 19 décembre 1927 J. d. T. 1928 Pp. 58.

⁶ Recueil des lois fédérales 1918 p. 791.

de biens appartenant à un Etat étranger, si cet Etat accorde la réciprocité. Sous la même réserve, des mesures d'exécution forcée sont interdites à l'égard de biens mobiliers appartenant à un Etat étranger. Il appartient au Conseil fédéral d'établir si la réciprocité existe. »

Le régime des pleins pouvoirs aboli, le Tribunal fédéral avait à nouveau la faculté de juger selon les principes généraux du droit. Toutefois, il a modifié ses conceptions sous l'influence de la jurisprudence de nos pays voisins, et a exigé de nouvelles conditions pour la réalisation forcée de biens appartenant à un Etat étranger. Il déclare ce qui suit ¹ : « Le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est admis que s'il s'agit de litiges résultant d'actes accomplis par l'Etat étranger *jure imperii*. S'il s'agit de rapports juridiques nés *jure gestionis*, il n'y a aucune règle de droit international généralement admise qui accorde aux Etats étrangers l'immunité de juridiction et de poursuite.

Toutefois, même dans ce second cas, la possibilité d'actionner un Etat étranger, de le poursuivre ou de séquestrer ses biens, n'existe que si le dit Etat a accepté, par convention ou par l'effet d'actes concluants, d'accomplir ses obligations de droit privé en Suisse (p. ex. remboursement de titres qui ont un lieu de paiement en Suisse) ».

Toute cette question dépend de celle de l'immunité de juridiction des Etats, c'est-à-dire du droit international public ². Nous ne la discuterons pas dans notre travail.

§ 6. Des créanciers

Ce que nous avons dit pour la capacité passive, vaut également pour la capacité active : c'est la loi suisse qui est déterminante.

Il n'est fait en Suisse aucune distinction de nationalité entre les

¹ A. T. F. 56 I 237. J. d. T. 1931 p. 142.

² Voir à ce sujet l'exposé du problème par Roger Secrétan « Le séquestre et autres mesures d'exécution forcée sur des biens appartenant à des Etats étrangers » dans J. d. T. 1925 p. 258.

créanciers. Le droit allemand stipule expressément l'égalité de traitement, mais prévoit l'application de mesures de rétorsion¹, car divers pays, ainsi l'Uruguay², la République Argentine³, ont édicté des prescriptions créant un véritable privilège au profit des créanciers nationaux. De même la jurisprudence établie par la Cour suprême de Washington consacre en faveur des créanciers nationaux et des créanciers domiciliés dans l'Etat où est déclarée la faillite, le privilège d'être payés avant tout créancier du dehors⁴. En France, les créanciers étrangers sont généralement traités sur le même pied que les créanciers nationaux. Cependant un Tribunal de Rio de Janeiro avait refusé (le 18 juillet 1924) la demande d'admission des créanciers de la maison principale en France dans la faillite de la succursale au Brésil (du moins tant que les créanciers brésiliens n'auraient pas été désintéressés). Par mesure de rétorsion, la Cour de Paris⁵ exclut de la faillite française, les créanciers brésiliens qui avaient produit dans la faillite de la succursale au Brésil.

Si la nationalité du créancier est indifférente, son domicile par contre joue un certain rôle pour la question de for⁶.

En outre, tout créancier qui habite l'étranger devra constituer un représentant en Suisse s'il veut que les actes de poursuites qui lui sont destinés lui parviennent. Sinon, ces actes seront simplement déposés à l'Office⁷.

Le T. F. a déclaré⁴ que le créancier poursuivant doit jouir de la capacité civile. Est-ce à dire que le créancier doit être majeur selon

¹ § 5. D. K. O.

² Code de commerce art. 1537-1539 Clunet 1897 p. 772.

³ Code Argentin de décembre 1902 art. 1385. Lapradelle VIII p. 380.

⁴ Clunet 1908 p. 1322.

⁵ 3^{me} chambre, 11 mai 1927, Clunet 1928 p. 654.

⁶ Voir à ce sujet la seconde partie du chapitre sur le for : Des créanciers qui peuvent poursuivre en Suisse.

⁷ Cf. Jäger ad art. 67 rem. 7.

⁸ A. T. F. 1^{er} juin 1917 J. d. T. 1917 p. 156.

sa loi nationale ? Evidemment non puisque la L. P. n'exige pas que le créancier suisse soit majeur ; il suffit que le créancier ait d'après la loi nationale une existence juridique et que, selon la loi suisse, il soit capable de requérir la poursuite.

Dans ce même arrêt, le T. F. a statué qu' « une désignation collective en cas de pluralité de créanciers poursuivants ne peut être admise que s'il s'agit d'une société en nom collectif ou en commandite, ces sociétés ayant une existence juridique propre et indépendante des personnalités qui les composent. Par contre, une société simple n'a pas d'existence juridique indépendante ; elle ne peut comme telle exercer une poursuite et ne peut agir que sous le nom de ses membres individuellement désignés ».

Qu'en sera-t-il pour une société étrangère inconnue du droit suisse ? On ne peut être plus sévère à l'égard du créancier poursuivant qu'à l'égard du demandeur en justice. Ainsi que l'a admis le T. F.,¹ « en principe, la question de savoir si une personne a capacité d'ester en justice doit être examinée au regard de la loi du pays où cette personne juridique a été constituée et à laquelle elle est soumise ».

Si une telle personne a le droit d'ester en justice en Suisse, elle pourra à fortiori y exercer des poursuites. Cependant, les sociétés doivent pouvoir ester en justice comme personne morale. Les sociétés anglaises dénommées « partnership » constituées par deux ou plusieurs personnes exerçant le commerce conjointement sous une raison sociale, bien que ne constituant pas un être moral ayant la personnalité civile, peuvent néanmoins, selon la loi anglaise, ester en justice à la conditions que les noms des membres qui la composent soient connus ou portés à la connaissance des adversaires. Elles peuvent être mises en faillite².

¹ A. T. F. 16 septembre 1909 J. d. T. 1910 p. 183.

² Clunet 1914 p. 1278.

Chez nous une telle société, sans existence juridique propre, serait assimilée à une société simple et n'aurait pas la capacité de poursuite. Elle ne pourrait exercer une poursuite que sous le nom de ses membres individuellement désignés, quand bien même le nom de ces membres serait connu du débiteur.

Bien que d'après le principe de la territorialité, la faillite ne déploie pas ses effets à l'étranger, la plupart des Etats reconnaissent au syndic de la faillite étrangère le droit de requérir la réalisation forcée des biens du débiteur. En Suisse, le T. F. après avoir reconnu ce principe ¹ a cependant statué ² que le dividende revenant dans une faillite suisse à un créancier domicilié à l'étranger devait être remis à ce créancier personnellement, quand bien même il avait été mis en faillite à l'étranger et malgré les réclamations du syndic.

La question de la poursuite entre époux a déjà fait l'objet de nombreux arrêts du Tribunal fédéral. Ce dernier a jugé³ que l'interdiction de poursuite n'était pas opposable à des époux étrangers séparés de corps alors que leur loi nationale ne permet pas le divorce.

Quant à la nature de cette interdiction, le T. F. l'avait d'abord considérée ⁴ comme une mesure prise dans l'intérêt général, et il avait admis que tous les époux qui sont domiciliés en Suisse peuvent invoquer le bénéfice de cette disposition (art. 173 C. C. S.), même contre leur conjoint domicilié à l'étranger.

Le T. F., dans des arrêts plus récents ⁵ a renoncé à considérer cette interdiction comme une règle d'ordre public et a statué que « l'interdiction des poursuites entre époux en droit suisse n'est pas opposable à des époux domiciliés à l'étranger, dont le mariage est

¹ A. T. F. 50 II 507, 51 II 259 J. d. T. 1926 Pp. 66.

² A. T. F. 54 III p. 25.

³ A. T. F. 36 I 152 et suiv.

⁴ A. T. F. 42 III 348 J. d. T. 1917 Pp. 66.

⁵ A. T. F. 47 III p. 28 J. d. T. 1922 p. 54 A. T. F. 31 mars 1927 J. d. T. 1927 Pp. 111.

soumis au droit étranger quant à ses effets personnels et quant au régime matrimonial. Cette manière de voir a été confirmée dernièrement par le T. F.¹ ; la solution du T. F. se justifie difficilement au point de vue juridique. Nous ne pouvons admettre que l'interdiction de poursuite entre époux soit une question ressortissant du régime matrimonial². Selon nous, elle est un des effets généraux du mariage (les art. 173 et suiv. se trouvent du reste dans le Livre II titre V, C. C. S. : Des effets généraux du mariage).

Pour justifier la décision du T. F., il faudrait admettre qu'il s'agit d'une question de capacité civile régie par la loi nationale des époux. Il n'y aurait alors aucune distinction à faire quant au domicile des époux. En outre deux époux suisses domiciliés à l'étranger ne pourraient se poursuivre en Suisse. Selon nous, il ne s'agit pas d'une question de capacité civile. Un époux peut toujours poursuivre indirectement son conjoint par le moyen de la cession ; l'interdiction n'atteint pas le cessionnaire³. Nous nous rattachons plutôt à l'opinion que le T. F. avait admise autrefois⁴ (opinion soutenue par Haab) et qu'il rejette actuellement⁵ et considérons l'interdiction de poursuite entre époux comme une restriction de la capacité de poursuite édictée dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs. Nous spécifions qu'il ne s'agit pas d'une disposition fixant la capacité de poursuite mais d'une restriction.

S'il s'agissait d'une disposition fixant la capacité de poursuite, elle serait applicable pour toute poursuite intentée en Suisse, la capacité de poursuite étant déterminée par la *lex fori*. Mais cette restriction n'est applicable que lorsque l'ordre public et les bonnes mœurs l'exigent, soit en cas de poursuite en Suisse lorsque les deux

¹ A. T. F. 56 III 169 J. d. T. 1931 Pp. 138.

² A. T. F. 56 III 169 J. d. T. 1931 Pp. 142.

³ A. T. F. 49 III 165.

⁴ A. T. F. 42 III 348 J. d. T. 1917 Pp. 66.

⁵ Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 64 p. 449.

époux sont domiciliés en Suisse. Il s'agit, à notre avis, d'une règle d'ordre public interne et non international.

Nous examinerons au chapitre sur le for la question de la participation de la femme sans poursuite préalable à la saisie pratiquée contre son conjoint ou son intervention dans la faillite de son mari.

Si l'on devait admettre que l'interdiction de poursuite entre époux affecte la capacité civile, il faudrait reconnaître en Suisse l'interdiction faite par certaines législations aux ascendants et aux descendants de demander la déclaration de faillite. Cette solution se heurterait à la doctrine unanime ¹.

§ 7. Des divers modes de poursuite

La loi suisse déterminera le mode de toute poursuite intentée en Suisse. Nous en avons vu les motifs à propos de la capacité. En conséquence, les interdictions faites aux ascendants et aux descendants de requérir la faillite (législations portugaise, italienne, roumaine) ne peuvent être invoquées en Suisse. Nul ne pourra se prévaloir qu'il n'est pas le commerçant tel que l'exige sa loi nationale (France, Belgique) ou qu'il est paysan, ouvrier, succursale de Banque Nationale (loi Nord américaine) ou que le montant minimum de la dette (Angleterre 50 £) n'est pas atteint, ou encore que les trois créanciers (loi Nord américaine) font défaut. De même le débiteur ressortissant d'un pays qui ne connaît aucune limitation à la faillite (Allemagne, Pays-Bas, Suède, Norvège, Danemark) ne pourra être mis en faillite en Suisse que conformément à la loi suisse.

L'art. 40 L. P. ² ne détermine le mode de poursuite des débiteurs qui sont énumérés à cet article, que si ces derniers habitent encore en Suisse³.

¹ Meili 25; Kohler Lehrbuch p. 88; Lyon Caen et Renault VIII N° 1227; Ramella II 517.

² Les personnes qui étaient inscrites au Registre du Commerce et qui en ont été rayées demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la Feuille fédérale du Commerce.

³ A. T. F. 2 juillet 1913 J. d. T. 1913 Pp. 126.

CHAPITRE III

Du for de poursuite

A. Quels débiteurs peuvent être poursuivis en Suisse

Un débiteur ne peut être poursuivi en Suisse que si la poursuite peut être intentée contre lui à l'un des fors énumérés aux paragraphes suivants.

§ 8. Le for de la poursuite est au domicile du débiteur ¹

Quand un débiteur est domicilié en Suisse, le for du domicile est d'ordre public pour la poursuite ² et l'office des poursuites doit examiner d'office s'il est compétent ³. Le débiteur domicilié en Suisse ne peut donc se soumettre conventionnellement à l'exécution forcée en un lieu autre que celui de son domicile réel ⁴.

La poursuite au for du domicile du débiteur étant considérée en Suisse comme une règle d'ordre public, la notion du domicile sera celle du droit suisse. La poursuite doit donc être intentée au domicile défini à l'art. 23 C. C. S. ⁵.

Une personne qui a été domiciliée dans un certain lieu est censée avoir conservé ce domicile aussi longtemps qu'elle ne rapporte pas la preuve qu'elle a créé un autre domicile ⁶. Ainsi le débiteur qui

¹ Art. 46 L. P.

² A. T. F. 41 III 347 J. d. T. 1923 Pp. 150.

³ A. T. F. 17 octobre 1912 J. d. T. 1913 Pp. 39.

⁴ A. T. F. 49 III 3.

⁵ A. T. F. 41 III 53.

⁶ A. T. F. 27 décembre 1909 J. d. T. 1910 Pp. 61. A. T. F. 20 mars 1902 J. d. T. 1912 p. 83.

n'a pas prouvé son domicile (et non sa simple résidence) à l'étranger peut être poursuivi à son ancien domicile en Suisse.

Il avait été admis par la jurisprudence du T. F. une exception au for du domicile en faveur des créances de droit public (impôts). Si le concordat intercantonal sur la garantie réciproque pour l'exécution légale des prestations dérivant du droit public (du 18 février 1911-28 août 1912) a eu pour effet de supprimer ce for spécial à l'égard des débiteurs domiciliés sur le territoire des cantons concordataires¹, ce for devrait être maintenu, selon nous, à l'égard du débiteur domicilié à l'étranger. Cependant, le T. F. en a jugé autrement².

Pour les raisons individuelles, le débiteur domicilié à l'étranger, mais ayant en Suisse un domicile d'affaires pourra être poursuivi pour les dettes résultant de son commerce à son domicile inscrit au Registre du Commerce³.

A teneur de l'art. 47 L. P. « si le débiteur a un représentant légal, la poursuite a lieu au domicile de ce dernier et c'est à lui que les actes de poursuite sont notifiés. Ainsi que l'a jugé le T. F. c'est au regard de la loi nationale du débiteur qu'il faudra examiner si ce dernier a un représentant légal. La preuve incombe au débiteur qui doit donner connaissance du droit étranger⁴.

Mais l'art. 47 n'est applicable que pour autant que le domicile du représentant est en Suisse. Si, au contraire, il est à l'étranger ou s'il ne fait que séjourner en Suisse, la poursuite peut être dirigée contre le représenté au lieu de son domicile considéré, non pas selon

¹ A. T. F. 41 III 48, 41 III 411, 48 III 140.

² A. T. F. 49 III 159.

³ A. T. F. 17 octobre 1912 J. d. T. 1913 Pp. 39. Cependant cf. à ce sujet la seconde partie de ce chapitre : Quels créanciers peuvent poursuivre en Suisse.

⁴ A. T. F. 10 octobre 1912 J. d. T. 1913 Pp. 100.

l'art. 25¹, mais l'art. 24 al. 2 C. C. S.², c'est-à-dire au lieu de sa résidence. Mais, les actes de poursuite doivent également être notifiés au représentant³.

L'examen de la question des conflits en matière de domicile qui peuvent surgir lorsque l'art. 47 L. P. est applicable, dépasse le cadre de ce travail. Nous nous rallions à la décision fondamentale prise par l'Institut de droit international d'appliquer la *lex fori*⁴. L'application de cette loi s'impose d'autant plus qu'il s'agit de mesures d'exécution et il n'y a pas lieu, selon nous, de distinguer si le représenté est Suisse ou étranger⁵.

L'alinéa 2 de l'art. 47 L. P.⁶ parle de l'autorité à laquelle incombe le soin de veiller provisoirement aux intérêts du débiteur avant la nomination du représentant légal. La poursuite aura lieu au siège de l'autorité tutélaire. Ce sera l'autorité tutélaire du domicile, dans certains cas de la résidence en Suisse, qui recevra les notifications. L'art. 7 de la convention de La Haye relative à la tutelle des mineurs ne s'y oppose pas⁷.

¹ Art. 25 C. C. S. : Est considéré comme le domicile de la femme mariée celui du mari; comme le domicile des enfants sous puissance paternelle, celui des père et mère; comme le domicile des personnes sous tutelle, le siège de l'autorité tutélaire.

² Art. 24 al. 2 C. C. S. : le lieu où elle (une personne) réside est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse.

³ A. T. F. 10 octobre 1912. J. d. T. 1913 Pp. 98, 38 I N° 124, 23 N° 160, 27 I N° 17, 29 I N° 124.

⁴ Article premier du règlement des conflits de lois en matière de domicile, Annuaire de l'Institut 1931.

⁵ Contra Jäger ad art. 47 rem. 2 in fine.

⁶ Art. 47 al. 2 : si le représentant légal n'est pas encore nommé, la poursuite a lieu au siège de l'autorité à laquelle incombe sa nomination ou le soin de veiller provisoirement aux intérêts du débiteur et c'est à elle que les actes de poursuite sont notifiés.

⁷ Cf. en outre A. T. F. 47 III 211.

L'alinéa 3 de l'art. 47 L. P.¹ est applicable à toute personne exerçant une profession ou une industrie. La nationalité est indifférente. La question de savoir si les art. 167 et 412 C. C. S. sont applicables au débiteur ou si sa loi nationale restreint sa capacité, n'a pas à être tranchée par les offices de poursuite.

§ 9. Absence de domicile fixe

Suivant l'art. 48 L. P. le débiteur qui n'a pas de domicile fixe peut être poursuivi au lieu où il se trouve. Ce n'est pas au créancier à rechercher où se trouve le domicile à l'étranger de son débiteur. Dans le doute, on présupera l'absence de domicile fixe. C'est au débiteur à prouver son domicile à l'étranger². Si le lieu où se trouve le débiteur qui n'a pas de domicile fixe est inconnu, le créancier pourra intentar une poursuite au for du dernier domicile en Suisse du débiteur³.

A teneur de l'art. 54 L. P. le débiteur en fuite peut être mis en faillite au lieu de son dernier domicile.

§ 10. Etablissement en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger

Suivant l'art. 50 al. 1 L. P., le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci⁴.

¹ Art. 47 al. 3 L. P. : Toutefois lorsqu'il s'agit d'une dette contractée dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie autorisée en conformité des art. 167 et 412 du Code Civil, la poursuite est dirigée contre le débiteur lui-même au lieu où il exerce sa profession ou son industrie.

Art. 167 C. C. S. : la femme a le droit, quel que soit son régime matrimonial d'exercer une profession ou une industrie avec le consentement expres ou tacite de son mari.

Art. 412 C. C. S. : Le pupille auquel l'autorité tutélaire permet expressément ou tacitement d'exercer une profession ou une industrie peut faire tous les actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie; il est en raison de ces actes, tenu sur tous ses biens.

² A. T. F. 43 III 265 J. d. T. 1917 Pp. 186 et suiv.

³ A. T. F. 241 I N° 106.

⁴ Concernant les créanciers qui peuvent poursuivre à ce for, voir la seconde partie de ce chapitre.

Cet article parle d'établissement et non d'établissement de commerce. Tout immeuble exploité en Suisse peut être considéré comme établissement, de même que tout bureau faisant des affaires à moins qu'il ne soit que simple représentant ¹.

Si les différents établissements situés en Suisse et à l'étranger sont indépendants les uns des autres quant à leur genre d'affaires, il n'y a pas lieu de distinguer entre établissement principal ou établissement secondaire. Ces établissements constituent des fors distincts et les dettes de l'un ne peuvent être poursuivies au for de l'autre.

L'associé indéfiniment responsable, domicilié à l'étranger, peut être poursuivi au lieu de la succursale en Suisse pour les dettes de la société ².

L'art. 50 al. 1 est applicable, non pas seulement au débiteur domicilié à l'étranger, mais au débiteur qui n'a pas de domicile en Suisse. En effet, cette disposition se justifie, non pas du fait que le débiteur est domicilié à l'étranger, mais de ce qu'il n'a pas de domicile en Suisse.

§ 11. Election de domicile

Le débiteur domicilié à l'étranger qui a élu domicile en Suisse pour l'exécution d'une obligation peut, à teneur de l'art. 50 al. 2 L. P. y être poursuivi pour cette dette. Ce que nous venons de dire pour le cas précédent s'applique également ici : Pour qu'il y ait application de cette disposition, il suffit que le débiteur ait élu domicile en Suisse pour l'exécution d'une obligation. Ne peuvent se prévaloir de cette election de domicile que les personnes que concerne l'obligation : créancier, co-débiteurs, cautions ³.

L'élection de domicile a trait à l'exécution de l'obligation.

¹ Cf. A. T. F. 18 N° 101, 22 N° 157, 30 I N°s 111 et 113, 31 I N° 9, 33 I N° 114, 34 I N° 107.

² A. T. F. 37 I 474.

³ Cf. A. T. F. 23 N° 135.

Elle concerne donc l'obligation et non la personne. Le changement des personnes, parties au contrat, est sans influence. Sinon, l'art. 50 al. 2, serait, dans la plupart des cas inopérant.

L'élection de domicile doit résulter d'une déclaration claire du débiteur. Nous nous rallions à la décision du Tribunal cantonal vaudois ¹ : « La renonciation au droit d'être recherché devant son juge naturel doit résulter d'une manifestation claire de la volonté du débiteur. Il n'est pas censé y avoir adhéré tacitement. » Il n'est pas absolument nécessaire que le débiteur ait employé le terme « d'élection de domicile » ; mais le simple fait du débiteur de déclarer qu'il payera dans tel lieu n'implique pas une élection de domicile².

En matière de lettre de change, le Tribunal fédéral a admis que quand un effet de change porte l'indication d'un lieu de paiement en Suisse, le porteur a le droit d'en conclure que l'accepteur ou le souscripteur a élu domicile au dit lieu en Suisse et il peut l'y poursuivre³.

Il a admis également ⁴, quand les obligations au porteur d'une compagnie étrangère indiquent un lieu de paiement en Suisse pour les coupons d'intérêts et les obligations amorties, que cette élection de domicile crée au dit lieu en Suisse un for de poursuite.

De même, lorsqu'un état étranger a émis en Suisse un emprunt indiquant un lieu de paiement en Suisse pour les coupons et les remboursements de capitaux, cette élection de domicile crée au dit lieu un for de poursuite. Les notifications seront faites, dans ce cas, à la Banque désignée par le débiteur de l'emprunt⁵. D'une manière générale, lorsqu'il y a mandat de payer au domicile du

¹ Du 2 décembre 1925, J. d. T. 1926 Pp. 120.

² A. T. F. 41 III 347 cons. 3.

³ A. T. F. 23 mai 1921 J. d. T. 1921 Pp. 64.

⁴ A. T. F. 52 III p. 165 J. d. T. 1927 Pp. 63.

⁵ A. T. F. 19 décembre 1927 J. d. T. 1928 Pp. 58. Cependant voir à ce sujet notre chapitre sur la capacité.

mandataire, ce dernier domicile peut être considéré comme élu par le mandant.

Pour qu'il y ait application de l'art. 50 al. 2 L. P., il faut que l'élection de domicile ait été faite pour l'exécution d'une obligation. Une élection de domicile avec attribution de for pour un procès contentieux ne suffit pas ¹.

§ 12. Fors spéciaux

Des fors spéciaux ont été prévus pour la poursuite en Suisse d'un débiteur à l'étranger afin que les biens de ce débiteur qui se trouvent en Suisse puissent être soumis à l'exécution forcée. Ces fors sont déterminés par les art. 51 et 52 L. P. Ce sont les fors de la situation du gage (réservé aux créanciers gagistes), de l'immeuble (réservé aux créanciers hypothécaires) et le for du séquestre. Nous n'examinerons pas ici les cas de séquestre qui sont traités au § 24.

Le for du séquestre, selon l'art. 272 L. P. est celui où se trouvent des biens ². Selon l'art. 52 L. P. la poursuite après séquestre a lieu où l'objet séquestré se trouve, ou plutôt, comme l'a admis le T. F. ³ au for où a eu lieu ce séquestre.

Les créanciers de l'établissement principal d'une société à l'étranger peuvent-ils, par le moyen du séquestre, créer un for de poursuite contre la succursale en Suisse, quoiqu'ils ne puissent poursuivre cette dernière au for établi par 50, al. 1 L. P. ⁴ ?

L'art. 50 L. P. exclut-il le séquestre requis par des créanciers de l'établissement principal ? Le texte même peut être interprété dans ce sens. Cependant, cet article 50 se trouve dans le chapitre du for de la poursuite et, dans ce même chapitre, se trouve l'art. 52

¹ A. T. F. 17 janvier 1922 J. d. T. 1923 Pp. 150.

² La question des biens qui peuvent être séquestrés en Suisse est traitée au chapitre III : des biens.

³ A. T. F. 4 mai 1912 J. d. T. 1912 Pp. 114.

⁴ Concernant les créanciers qui peuvent poursuivre à ce for. Cf. la seconde partie de ce chapitre.

qui déclare que la poursuite après séquestre a lieu où l'objet séquestré se trouve. Dès lors, ces deux articles doivent être considérés comme se bornant uniquement à une détermination de for.

Il est donc logique d'éliminer au for de la succursale, toute poursuite basée sur une obligation qui n'a pas été contractée par la succursale elle-même. Toutefois il ne s'agit plus ici du for de l'établissement, mais du for du séquestre. Ces deux fors peuvent, dans la majorité des cas, coïncider, mais doivent néanmoins être distingués. Au for de la succursale peuvent seules être intentées les poursuites des créanciers de la succursale. Au for du séquestre sont intentées toutes les poursuites des dettes pour lesquelles le séquestre a été requis. Or, la loi ne contient aucune restriction relative à la créance pour laquelle le séquestre peut être opéré.

Il est impossible également de considérer la succursale comme une autre personne que l'établissement principal.

On ne peut pas non plus considérer que le séquestre n'est admissible que pour une créance pour laquelle il existe un for de poursuite en Suisse ; nous voyons, au contraire que les dispositions sur le séquestre ont pour but ¹ de permettre la poursuite en Suisse contre un débiteur qui y possède des biens, mais, contre lequel, selon les règles générales ² il n'existe aucun for de poursuite (ce qui est fort compréhensible, car la réalisation forcée doit se faire où il y a des biens réalisables). Si nous n'avions pas une telle disposition, les biens en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger seraient à l'abri de toute poursuite.

Le séquestre ayant pour effet et pour but de créer un for de poursuite spécial primant les autres fors (excepté art. 52 in fine ³)

¹ Cf. 271, ch. 4 L. P.

² Art. 46 et suiv. L. P.

³ Art. 52 L. P. : La poursuite après séquestre a lieu où l'objet séquestré se trouve ; toutefois la commination et la réquisition de faillite ne peuvent être notifiées qu'au for ordinaire.

on ne peut donc considérer l'art. 50 al. 1 L. P. comme en restreignant l'exercice.

Nous concluons que les créanciers de l'établissement principal d'une société à l'étranger peuvent requérir un séquestre portant sur les biens de la succursale en Suisse et créer ainsi un for de poursuite. Toute autre solution conduirait à l'impossibilité pour les créanciers de la société, de se faire payer lorsque celle-ci transporterait dans le but de leur porter préjudice, son actif en Suisse.

Cependant, nous verrons dans la seconde partie de ce chapitre qu'il faut distinguer entre le for principal et le for subsidiaire. Il ne fait aucun doute que le for suisse est subsidiaire pour un créancier de l'établissement principal. Ce créancier n'en a pas moins le droit de requérir le séquestre, mais, en cas de concours avec les créanciers de la succursale, il ne touchera son dividende qu'après complet désintéressement de ceux-ci.

Les articles 190 et 191 L. P. ont-ils pour effet de créer des fors de poursuite ? Selon l'art. 190 L. P., le créancier peut requérir la faillite si le débiteur n'a pas de résidence connue, ou s'il a pris la fuite. D'après Jäger ¹, pour que la requête de faillite puisse être formée, il faut que le débiteur ait eu tout au moins une fois en Suisse un domicile ou un lieu de séjour et l'article n'est pas applicable au débiteur qui n'a jamais habité la Suisse. En outre, le simple fait de transférer son domicile à l'étranger ne constitue pas la qualité de débiteur en fuite.

L'art. 191 prévoit que le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice. Cet article est applicable au débiteur à l'étranger, mais à la condition que ce débiteur puisse être poursuivi en Suisse à l'un des fors prévus aux articles 47 et suivants L. P. Jäger ² fait même une distinction entre ces différents fors.

¹ Ad. art. 190 rem. 6 et 7.

² Ad. art. 191 rem. 1.

Un débiteur ne peut être poursuivi en Suisse qu'aux différents fors que nous venons d'examiner et nous ne croyons pas que l'on puisse adopter chez nous la solution de la Cour d'Appel de Turin ¹ qui a déclaré en faillite un étranger qui n'avait en Italie ni son domicile, ni le centre de ses affaires, simplement parce qu'il était l'associé « de fait » d'une société italienne.

B. Quels créanciers peuvent poursuivre en Suisse

§ 13. Conséquences de l'application du principe de la territorialité

Nous avons vu au chapitre sur la capacité qu'il n'était fait aucune distinction de nationalité parmi les créanciers poursuivant leur débiteur en Suisse.

Faut-il admettre, dans le système de la pluralité de faillites que tous les créanciers doivent pouvoir produire leurs créances dans chaque faillite ou faut-il assigner chaque masse au paiement d'une certaine catégorie de créanciers ?

En France ², en Allemagne ³, en Egypte ⁴, il est admis que tous les créanciers peuvent produire à toutes les masses. Meili par contre ⁵, estime que les créanciers n'ont pas tous les mêmes droits sur les biens situés dans un Etat, et que certains ont un droit de priorité sur les biens réalisés (*prioritätische Berechtigung auf die Realisation*), et il fait la distinction entre les créanciers à l'étranger et les créanciers internes (*auswärtige et interne Gläubiger*). Cette distinction paraît être celle qu'admet la Cour suprême de Washington qui a jugé à maintes reprises ⁶ que les créanciers domiciliés dans un Etat doivent

¹ Du 3 juillet 1928 Clunet 1930 p. 247.

² Cour de Lyon 25 février 1910, Clunet 1910 p. 875. Egalement Clunet 1913 p. 910. idem Lapradelle VIII p. 353.

³ Reichsgericht 14 octobre 1887, Clunet 1889 p. 807.

⁴ Clunet 1930 p. 765.

⁵ § 19.

⁶ Clunet 1908 p. 1322.

être considérés comme privilégiés par rapport à ceux du dehors.

D'après le principe de l'universalité ou unité, les effets de la faillite se déploient dans tous les pays. La faillite affecte les rapports juridiques entre le débiteur et tous ses créanciers. Tous les biens du débiteur forment une seule masse. Il est logique que tous les créanciers produisent leurs prétentions à cette masse et participent à la distribution des deniers.

Par contre, d'après le principe de la territorialité, les effets d'une faillite sont restreints au territoire de l'Etat où la faillite a été déclarée. Le failli n'est dessaisi que des biens qu'il possédait sur le territoire de cet Etat. Mais le principe de la territorialité n'est pas applicable seulement en ce qui concerne les biens du débiteur. En effet, les rapports juridiques entre débiteur et créanciers ne sont affectés que sur le territoire du pays de la faillite. Le principe de la territorialité est donc applicable non seulement aux biens de débiteur, mais encore à ses dettes, et puisqu'on ne fait rentrer dans la masse que certains biens, il nous paraît logique de n'admettre que certaines dettes et d'affecter préalablement ces biens au paiement de ces dettes. Comme le créancier a droit en principe au paiement intégral de sa créance, il pourra produire sa créance dans les différentes masses, mais ne pourra le faire que si les biens sur lesquels il devait préalablement se faire payer sont insuffisants et si les biens spécialement affectés au paiement des autres créanciers ont désintéressé ces derniers.

Il est vrai que si tous les créanciers font valoir leurs droits dans le pays de la faillite, tous les rapports de droit entre le débiteur et les créanciers sont affectés. Il ne s'ensuit pas cependant que tous les créanciers doivent être admis à égalité, car la mesure dans laquelle la faillite affecte leurs droits est fort différente s'il s'agit d'un créancier poursuivant son débiteur uniquement au for de la faillite ou d'un créancier ayant poursuivi ou poursuivant également son débiteur à l'étranger. Nous verrons au paragraphe suivant comment s'opère la distinction entre les différentes dettes.

La théorie de la participation égale de tous les créanciers se justifie dans la masse unique selon le principe de l'unité de la faillite, mais non dans les différentes masses selon le principe de la territorialité. Remarquons que l'admission sur le même pied de tous les créanciers dans toutes les masses n'aurait pas pour effet de faire toucher à chaque créancier le même dividende. En effet, chaque Etat a sa législation propre. Or, de nombreuses législations qui régissent les rapports juridiques entre créanciers et débiteurs accordent certains droits de préférence ou de revendication à certains créanciers. Souvent ces droits ne sont pas accordés par la loi de la faillite, mais par la loi régissant la créance. Ce droit n'est alors reconnu que lorsque la loi de la faillite et la loi régissant la créance coïncident, la loi de la faillite ne reconnaissant pas en général les droits préférentiels conférés par une législation étrangère, d'où inégalité. En outre, différentes lois admettent que le séquestre crée sur les biens séquestrés un droit identique au gage conventionnel ¹. Les créanciers locaux savent où se trouvent les biens, il leur est donc beaucoup plus facile d'acquérir des droits de préférence qu'aux autres créanciers. Nouvelle inégalité. En Suisse, nous n'avons aucune disposition expresse à cet égard. Cependant, la solution que nous adoptons résulte implicitement de diverses dispositions légales et de la jurisprudence. En effet, l'art. 50 al. 1 L. P. stipule que le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. A ce sujet, le T. F. a statué ². « Si, à son art. 50 L. P., la loi réserve la possibilité de poursuivre des débiteurs domiciliés à l'étranger et ayant un domicile d'affaires en Suisse aux créanciers qui peuvent faire valoir des engagements pris au siège de cette succursale, *la loi entend par là attribuer l'actif qui se trouve en Suisse à ces seuls créanciers et exclure tous*

¹ Cf. p. ex. § 804 Deutsche Zivilprozessordnung.

² A. T. F. 40 III 123 J. d. T. 1914 p. 116.

les autres d'une main-mise sur cet actif. » L'arrêt déclare, en outre : « Les recourants (les créanciers de la succursale) ont donc le droit de porter plainte pour s'opposer à l'admission de créanciers dont les prétentions ne peuvent, en conformité avec les principes posés ci-dessus, être colloqués dans une faillite ouverte en Suisse. »

Le T. F. justifie cette solution par les considérants suivants : « Des créanciers ne peuvent en Suisse obtenir pour leurs créances l'exécution forcée, que s'il existe en Suisse pour ces créances un for de poursuite et dans cette mesure seulement. L'ouverture de la faillite a, il est vrai, pour conséquence de permettre l'exécution forcée même pour des créances qui n'ont donné lieu précédemment à aucune poursuite. Toutefois, cet effet ne peut naturellement se produire qu'à l'égard de créances pour lesquelles il existe en Suisse un for de poursuite ou pour lesquelles un tel for existerait si la faillite n'avait pas été déclarée »... « La solution contraire aurait pour effet que le principe général posé à l'art. 50 resterait lettre morte, dans le cas le plus fréquent, soit celui de la liquidation de l'actif d'une succursale par voie de faillite. »

Le T. F. poursuit : « A la faillite de la succursale de F. Frères, à A., peuvent donc seuls participer les créanciers dont les prétentions ont pour origine les affaires traitées par la succursale, ou celles pour l'exécution desquelles F. Frères ont élu un domicile spécial en Suisse, ou celles en garantie desquelles il a été constitué un gage mobilier ou immobilier sur des biens se trouvant en Suisse, ou celles pour le recouvrement desquelles un séquestre a été pratiqué en Suisse (art. 50-52 L. P.) ».

Rectifions d'abord cette dernière phrase « ou celles pour le recouvrement desquelles un séquestre a été pratiqué en Suisse ». Le T. F. aurait dû dire : « aurait pu être pratiqué en Suisse », car il venait de déclarer : « cet effet ne peut naturellement se produire qu'à l'égard de créanciers pour lesquels il existe un for de poursuite, *ou pour lesquels un tel for existerait si la faillite n'avait pas été déclarée* ».

Or, la déclaration de faillite a pour effet d'interdire tout séquestre ¹.

Relevons ensuite que l'art. 50 L. P. que commente le T. F. se rapporte au débiteur domicilié à l'étranger. A teneur de l'art. 271 ch. 4 L. P., le créancier d'une dette échue peut requérir le séquestre des biens du débiteur lorsque ce dernier n'habite pas en Suisse.

Dans le cas visé par l'art. 50, les créanciers qui ne peuvent poursuivre leur débiteur au for de la succursale, peuvent requérir un séquestre ou auraient pu le requérir si la faillite n'était pas intervenue. Le T. F., après avoir posé le principe que l'actif de la succursale doit être attribué aux créanciers de cette dernière, à l'exclusion des créanciers de l'établissement principal, arrive par son argumentation à ce résultat que *tous* les créanciers peuvent participer à la distribution de l'actif de la succursale. Nous exposerons au paragraphe suivant quelle est la distinction qu'il y a lieu de faire entre les différents fors.

Nous examinerons encore rapidement la question de la participation à la saisie sans poursuite préalable.

A teneur de l'art. 174 C. C. S., lorsque des poursuites sont exécutées contre l'un des époux par un tiers, l'autre conjoint peut participer à la saisie ou intervenir dans la faillite.

Le T. F. a jugé ² que : 1^o « C'est seulement quand la poursuite contre un débiteur a lieu à son for général de poursuite (domicile) que les autres créanciers sont admis à participer à la saisie. » 2^o Cette participation est exclue en règle générale, quand la poursuite s'exerce à un for spécial, tel que celui du séquestre, à moins que ceux qui demandent à participer aient aussi fait séquestrer les mêmes objets. 3^o Exceptionnellement, toutefois, cette participation sera possible quand le for du séquestre et le for du domicile du débiteur se trouvent tous deux en Suisse et elle sera alors possible aussi pour les créanciers que la loi autorise à participer sans poursuite préalable ³.

¹ Jäger ad. art. 206 rem. 2.

² A. T. F. 36 I p. 152 et suiv. J. d. T. 1911 Pp. 242; 31 mars 1927 J. d. T. 1927 Pp. 111; 56 III p. 169 J. d. T. 1931 Pp. 138.

³ Cf. art. 111 L. P.

§ 14. For naturel et principal et for subsidiaire ¹

Lorsque le débiteur solvable et connu comme tel, tarde à exécuter son obligation, le créancier qui a résolu de recourir à l'exécution forcée, ne procédera pas simultanément dans les divers pays dans lesquels le débiteur peut avoir des établissements, des résidences ou des biens. Il poursuivra son débiteur au lieu où il s'adresserait pour un règlement amiable, c'est-à-dire au lieu où l'obligation devait recevoir son exécution. Ce lieu est en quelque sorte le for naturel du créancier. On parle en général du for du débiteur ou du for d'une action. Il s'agit ici par contre du for du créancier.

La faillite qui est déclarée au for naturel du créancier affecte directement le rapport de droit entre ce créancier et son débiteur. Elle n'affectera pas le rapport de droit entre le débiteur et un autre créancier dont le for naturel est à l'étranger, ou ne l'affectera qu'indirectement, dans la mesure seulement où les biens sis à l'étranger étant insuffisants, ce créancier produit également dans cette nouvelle masse pour le découvert.

Comme le principe de la territorialité s'applique ainsi que nous l'avons vu au paragraphe précédent, non seulement aux biens du débiteur, mais encore à ses dettes, les biens affectés par la faillite c'est-à-dire les biens situés sur le territoire du pays où la faillite a été déclarée et les dettes affectées directement par la faillite c'est-à-dire les dettes envers les créanciers dont le for naturel est situé sur le territoire de l'Etat de la faillite, doivent être groupés et ces biens doivent être assignés au paiement de ces dettes.

Le lieu où est intervenue la faillite constitue un for principal pour le créancier qui a dans ce pays un for naturel. Il constitue un for subsidiaire pour les autres créanciers dont le for naturel est à l'étranger, en ce sens qu'ils ne peuvent faire valoir leurs droits à ce for que

¹ Meili § 19, 21, 22, 23, 40, von Bar II 501. Kohler Lehrbuch p. 603, Jäger ad. art. 191 L. P. Weiss manuel p. 690.

si les premiers créanciers ont été complètement désintéressés. Si le créancier n'obtient pas le paiement intégral à son for principal, il fera valoir ses droits aux fors subsidiaires. Nous verrons dans les paragraphes suivants qu'un créancier peut du reste avoir plusieurs fors principaux.

Cette solution a l'avantage d'éviter à celui qui a consenti à devenir créancier d'une personne en raison de l'actif qu'il lui connaissait, la désagréable surprise de voir cet actif réalisé au profit d'une multitude de créanciers provenant de tous pays pour l'exécution de dettes qui devaient logiquement intervenir dans ces autres pays.

Examinons comment se présente la situation en Suisse. Il faut distinguer les deux cas suivants :

§ 15. Le for général de poursuite du débiteur est à l'étranger

Le débiteur possède des biens en Suisse. Quelles sont alors les dettes qui doivent recevoir leur exécution en Suisse ? Il ne faut pas considérer uniquement la stipulation du lieu de paiement. Il faut, en effet, considérer comme devant recevoir leur exécution en Suisse :

1^o les dettes en faveur desquelles un gage a été constitué en Suisse ;

2^o les dettes contractées par l'établissement en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger ;

3^o les dettes pour l'exécution desquelles le débiteur a élu domicile en Suisse ;

4^o les dettes pour lesquelles il a été stipulé que le lieu de paiement sera en Suisse, sans que l'on puisse parler d'élection de domicile ;

5^o les dettes envers le créancier domicilié en Suisse, en vertu du principe que l'exécution s'opère au domicile du créancier ¹.

¹ Cf. C. O. 74.

Le domicile doit alors avoir été en Suisse déjà au moment de l'échéance.

Les biens se trouvant en Suisse constituent donc, pour ces dettes, un for logique et principal. Les autres dettes ne pourront être payées qu'après paiement complet de celles-ci.

Le fait que, selon la L. P., le créancier doit, pour exercer en Suisse la poursuite de certaines créances énumérées ci-dessus, opérer un séquestre, n'a évidemment pas pour effet de convertir le for principal en for subsidiaire.

La solution que nous avons admise est sensiblement identique à celle à laquelle arrive Meili ¹, avec cependant cette différence que nous ne pouvons admettre sa distinction entre créanciers à l'étranger et créanciers internes.

Quant à la jurisprudence du T. F., elle aboutit à une solution à peu près pareille, mais par des arguments différents qui, à notre avis, sont contestables ².

Remarquons, en outre, que les fors prévus aux art. 50 et 51 L. P. sont toujours naturels et principaux pour l'exécution des dettes qu'ils mentionnent, par contre, le for de 52 L. P. est principal pour les dettes énumérées ci-dessus, mais subsidiaire pour toutes autres dettes. La loi ne connaît pas de restriction au droit de requérir un séquestre à l'égard de certaines créances puisque tous les créanciers doivent pouvoir poursuivre leurs débiteurs partout où il y a des biens ; il n'y aura pas lieu de distinguer parmi les créanciers qui requièrent un séquestre ceux qui poursuivent l'exécution d'une dette pour laquelle le for suisse est for principal, et les autres créanciers pour lesquels le for suisse est subsidiaire. Mais cette distinction se fera lorsqu'il s'agira de répartir le produit de la réalisation des biens séquestrés.

¹ § 19.

² Cf. § 13 ci-dessus A. T. F. 40 III 123 J. d. T. 1914 p. 116, 36 I 152, 31 mars 1927 J. d. T. 1927 p. 112.

§ 16. Le for général de poursuite du débiteur est en Suisse

Remarquons qu'un débiteur peut être mis en faillite en Suisse quand bien même son for général de poursuite est à l'étranger¹.

Les règles établies au paragraphe précédent pour la détermination du for principal et for secondaire s'appliquent par analogie.

Le for général de poursuite (domicile, siège d'une société) doit être considéré comme for naturel et principal de toutes les poursuites.

Il se produit donc ce fait particulier que, pour la poursuite de certaines dettes, il y a deux fors principaux. Cependant l'exécution forcée contre un débiteur ne se conçoit que lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation.

Lorsqu'il a obtenu une exécution partielle, il ne peut poursuivre que pour le montant impayé. Or, lorsque le for général se trouve en Suisse et qu'il existe également un for principal à l'étranger, le principe de la territorialité ne permet pas que les biens se trouvant à l'étranger soient versés dans la masse suisse. Dès lors, rien n'indique que le créancier qui a un for principal à l'étranger n'ait été payé ou ne puisse se faire payer sur les biens sis à ce for. On présumera que ce créancier a pu ou peut obtenir l'exécution de l'obligation sur ces biens. Le créancier devra rapporter la preuve contraire en produisant un acte de défaut de biens ou tout autre titre équivalent, délivré par l'Office étranger. La poursuite étrangère ne déploie d'effets en Suisse que dans la mesure où elle modifie le montant de la créance. Le montant de la créance pour lequel le créancier aura le droit de poursuivre son débiteur en Suisse sera le montant impayé à la suite de ses poursuites à l'étranger et c'est ce montant qui servira de base pour le calcul du dividende. Ce créancier ne participera à la distribution des deniers de la faillite ouverte en Suisse qu'une fois que le montant de sa créance sur lequel se calcule son dividende sera établi.

¹ Cf. art. 190 et 191 L. P., Jäger ad. art. 191 rem. 1.

Ce créancier sera du reste privilégié par rapport aux autres créanciers, qui ne peuvent poursuivre leur débiteur qu'au for général de poursuite en Suisse, puisqu'une partie de sa créance lui aura été payée intégralement et que pour l'autre partie, il touchera le même dividende que les autres créanciers.

Comme, en principe, le créancier a le droit d'obtenir l'exécution complète de l'obligation, il pourra poursuivre son débiteur aux autres fors secondaires pour le montant impayé à la suite de ses poursuites en Suisse. Nous n'avons pas à nous occuper de la façon dont il sera traité à ces fors étrangers, chaque Etat étant libre de régler la procédure à sa guise.

Selon nous, le complément que le créancier a pu obtenir en poursuivant le débiteur à un for secondaire n'a évidemment pas à être versé dans la masse suisse, ni à être déduit du dividende accordé par la masse suisse, que cette exécution forcée à l'étranger ait eu lieu antérieurement, simultanément ou postérieurement à l'exécution forcée en Suisse ¹. En effet, le créancier a le droit de poursuivre le débiteur au for subsidiaire pour le montant impayé par la poursuite au for principal. Dès lors, on ne voit pas quels motifs juridiques modifieraient la situation du créancier s'il poursuit son débiteur à l'étranger simultanément ou antérieurement à la poursuite au for principal. Cependant cette poursuite à l'étranger ne doit pas avoir abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens ou autre titre équivalent avant l'introduction de la poursuite au for principal suisse. (Dans le dernier cas, le montant de la créance serait diminué du dividende touché à l'étranger ²). Le seul fait dont il faut tenir compte est que le créancier ne doit pas obtenir par ses différentes poursuites un montant supérieur à celui de sa créance ³.

¹ Cf. Meili § 19 ch. 3.

² Cf. § 49 sur les actes de défaut de biens étrangers.

³ Art. 62 et suiv. C. O.

Toutes les fois que les règles établies dans ce paragraphe et le paragraphe précédent n'ont pas été observées, les créanciers lésés ont évidemment le droit de porter plainte ¹.



¹ Cf. A. T. F. 40 III 123, J. d. T. 1914, p. 116. Cf. également A. T. F. 31 mars 1927, J. d. T. 1927 p. 112.

CHAPITRE IV

Des biens

§ 17. Des biens saisissables ¹

A teneur de l'art. 197 L. P., tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse. Pour qu'un bien puisse être saisi, il faut qu'il soit situé en Suisse, que l'Office puisse en avoir la détention et le réaliser. Pour les biens immobiliers et les biens mobiliers corporels, il ne surgit aucune difficulté. Le fait que des biens situés à l'étranger sont à la disposition d'une personne domiciliée en Suisse ne suffit pas pour autoriser l'Office à procéder à leur saisie ².

Remarquons que l'art. 197 L. P. parle des biens saisissables au moment de l'ouverture de la faillite. Les biens sis en Suisse qui sont transportés à l'étranger après la déclaration de faillite doivent être considérés comme faisant partie de la masse. Bien que la loi hollandaise adopte le principe de la territorialité, la Haute Cour des Pays-Bas a jugé ³ que si les biens compris dans l'actif de la faillite étrangère sont transportés ensuite en Hollande, le syndic conserve sur eux tous ses droits antérieurs et peut s'opposer à des saisies individuelles en Hollande.

Les créances incorporées dans des papiers-valeurs ne peuvent être l'objet d'exécution forcée en Suisse que si les papiers incorporant ces créances se trouvent en Suisse et peuvent être détenus par l'Office.

¹ Meili § 19, 40 von Bar II 595 et suiv. Kohler Lehrbuch p. 603 et suiv. Leitfaden p. 310 et suiv. Pillet II N° 773, Jäger ad. art. 88 et suiv. 197 et suiv. Blumenstein ad. art. 88 et suiv. 197 et suiv. Brüstlein et Rambert ad. art. 88 et suiv. 197 et suiv.

² A. T. F. 2 août 1915, J. d. T. 1915 Pp. 156.

³ 23 février 1917 Clunet 1921 p. 279.

Le T. F. a jugé ¹ : « un séquestre portant sur un titre au porteur est nul, tant que l'Office n'a pas pris le titre lui-même sous sa garde ». Il en résulte qu'il est impossible de séquestrer en Suisse un titre au porteur se trouvant hors de Suisse ; et cette règle s'applique même aux lettres de rente au porteur qui sont à l'étranger, quoique ces titres soient garantis par un immeuble situé en Suisse. Les créances non incorporées dans un papier-valeur sont saisissables au domicile du failli lorsqu'il en est le créancier. Situer une créance, c'est-à-dire un rapport de droit entre deux personnes, donc une chose immatérielle ne se peut faire logiquement. Toutefois, on ne peut saisir autre chose qu'un actif et une créance ne constitue un actif que pour le créancier. Le T. F. a jugé ² : « il est de pratique constante que les créances qui ne sont pas incorporées dans un papier-valeur sont considérées comme saisissables au domicile du créancier et non au domicile du débiteur de la créance ». Cependant, dans ce même arrêt, le T. F. déclare que lorsque le créancier demeure à l'étranger, la saisie peut être faite au domicile du débiteur en Suisse, ceci pour des raisons d'opportunité afin de faire rentrer la créance dans la masse suisse, ce qui serait impossible autrement. Cependant, la saisie ne peut être pratiquée au domicile du débiteur de la prétention que si elle supprime la possibilité pour le créancier de disposer utilement de la créance ³. En effet, ce n'est pas la créance elle-même qui est saisie au domicile du débiteur, puisque ce dernier a une dette donc un passif. Mais au moment où le débiteur s'exécutera, il y aura un actif du créancier et c'est à ce moment-là seulement qu'il peut y avoir réellement saisie et que l'Office peut prendre effectivement l'actif en sa détention. Néanmoins, ce cas spécial doit être assimilé à une saisie de créance, en ce sens que l'Office agira conformément à l'art. 99 L. P. et préviendra le débiteur que, désormais, il ne pourra

¹ A. T. F. 9 juin 1922 J. d. T. 1922 Pp. 147.

² A. T. F. 2 avril 1925 J. d. T. 1925 p. 623.

³ A. T. F. 2 juillet 1913 J. d. T. 1913 Pp. 137.

plus s'acquitter qu'en mains de l'Office, quoique strictement cet article ne s'applique que lorsque la saisie a été effectuée.

Quant à un brevet, il est censé se trouver dans le pays qui l'a délivré et pour lequel il est délivré. Des brevets étrangers ne peuvent, par conséquent, pas être soumis en Suisse à l'exécution forcée ¹.

Un cas particulier est celui du cautionnement des Sociétés d'assurance étrangères constitué conformément aux art. 7 et 8 de l'Ordonnance d'exécution du 16 août 1921 de la loi fédérale du 25 juin 1885, concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance et la loi fédérale du 4 janvier 1919 sur les cautionnements des Sociétés d'assurance ².

Cette loi est d'ordre public et contient diverses dispositions spéciales. Le terme de cautionnement est inexact, car il s'agit de dépôt de titres et non d'engagement de tiers. Les créanciers garantis par ce cautionnement peuvent exiger la saisie des biens qui composent ce cautionnement. Nous avons affaire, dans ce cas, à la poursuite en réalisation de gage ³. La saisie du reste ne peut pas porter sur le cautionnement comme tel, mais sur telles valeurs spécifiées constituant le cautionnement ⁴.

Pour les autres créanciers, le T. F. a jugé ⁵ « on ne peut ni séquestrer, ni saisir l'argent, les hypothèques et créances hypothécaires et les lettres de gage au moyen desquels le cautionnement a été constitué. Mais alors, il peut y avoir saisie du solde restant dû de ce cautionnement *après liquidation* et règlement des créances garanties par ce cautionnement ».

¹ A. T. F. 41 III 133 cons. 3. Le T. F. vient cependant de modifier cette jurisprudence A. T. F. 57 III 32.

² A. T. F. 31 I p. 200, 39 I p. 419, J. d. T. 1913, II p. 137, 40 III p. 365, J. d. T. 1915, Pp. 26, 17 avril 1916, J. d. T. 1916 p. 464, 4 novembre 1920, J. d. T. 1921, p. 190, 10 octobre 1922, J. d. T. 1922 Pp. 158, 14 mars 1927, J. d. T. 1928, Pp. 4, 11 avril 1927, J. d. T. 1927, Pp. 142, 52 III p. 71.

³ A. T. F. 10 octobre 1922, J. d. T. 1922 Pp. 158.

⁴ A. T. F. 24 juin 1926, J. d. T. 1926 Pp. 145.

⁵ A. T. F. 52 III p. 71; 14 mars 1927, J. d. T. 1928 Pp. 4.

Comme le solde du cautionnement, après paiement des créances garanties, revient à la Société, c'est au domicile en Suisse de cette Société que ce solde doit être saisi. Notons, en passant, à propos de cette question de for, que le T. F. a jugé ¹ «comme une société d'assurance étrangère a un mandataire général domicilié en Suisse, c'est là qu'est son domicile. Ce domicile n'est pas modifié par la mise en faillite de la Société à l'étranger ».

§ 18. Des biens insaisissables ²

La faillite a pour effet de dessaisir le débiteur de ses biens, mais elle n'a pas pour effet de le dépouiller complètement et la loi du pays de la faillite détermine quels sont les biens qui ne peuvent être enlevés au débiteur. En Suisse, les dispositions, à ce sujet, se trouvent aux art. 92 et suiv. L. P.

Le T. F. s'est prononcé comme suit en cette matière ³. « Pour pouvoir invoquer le bénéfice de l'art. 93 L. P., le débiteur doit contrairement à la doctrine d'arrêts précédents, être domicilié en Suisse. Doit donc être rejeté le principe que tous les débiteurs qui sont atteints par une procédure de poursuite en Suisse doivent être traités sur le même pied, sans distinction de domicile ou de nationalité. La question doit, au contraire, être examinée dans chaque cas, eu égard au texte et au but de la disposition applicable. »

« Or, s'il s'agit d'un débiteur domicilié à l'étranger et poursuivi en Suisse, l'Office manque de compétence et des moyens nécessaires pour déterminer le minimum de salaire qui lui est indispensable pour son entretien et celui de sa famille et, d'autre part, le législateur suisse n'a aucun intérêt à protéger le débiteur qui habite à l'étranger et à diminuer ainsi la charge d'assistance incombant à une communauté étrangère. » ⁴

¹ A. T. F. 11 avril 1927 J. d. T. 1927 Pp. 142.

² Jäger ad. art. 92 et 93 L. P.

³ A. T. F. 4 mars 1914 J. d. T. 1914 Pp. 79.

⁴ Dans un récent arrêt, (57 III 37), le T. F. vient de modifier cette jurisprudence.

Il a jugé également ¹ « le débiteur domicilié à l'étranger ne peut se prévaloir de l'art. 92 L. P., mais, ce qui est déterminant, c'est le domicile au moment de la saisie ou de la déclaration de faillite ».

« Le seul fait que le domicile du débiteur est inconnu ne suffit pas pour permettre de lui refuser le bénéfice de l'art. 92 L. P., s'il n'est pas établi que les circonstances dans lesquelles il se trouve rendent les meubles insaisissables inutiles tant pour lui que pour sa famille. »

« La non-exécution par le failli des obligations que lui imposent les art. 222, 228 et 229 L. P. ne peut avoir pour effet que de l'exposer aux conséquences pénales prévues par la loi, mais non de le priver du bénéfice de 92 L. P. »

« Divers points sont à relever :

1. Selon nous, l'art. 4 de la Constitution fédérale ² interdit de traiter les biens situés en Suisse du débiteur suisse domicilié à l'étranger différemment de ceux du débiteur suisse domicilié en Suisse. L'insaisissabilité résultant des art. 92 et 93 L. P. 354 al. 3 C. C. S., 519 al. 2 C. O., peut être invoquée non seulement par le débiteur, mais encore, suivant les cas, par la famille du débiteur, par celui qui alloue la pension ou qui a constitué la rente viagère, etc. ³.

Il y a donc lieu de tenir compte, non seulement de la nationalité du débiteur, mais encore de celle des personnes qui peuvent se prévaloir de l'art. 4, Constitution fédérale. L'insaisissabilité sera donc garantie à tous ceux qui peuvent se prévaloir de l'art. 4 Constitution fédérale.

2. Toutefois, à l'exception des biens mentionnés à l'art. 92 ch. 6, 7, 8, 9, 10 absolument insaisissables ⁴, les autres biens du débi-

¹ A. T. F. 2 novembre 1915 J. d. T. 1916 Pp. 10.

² Art. 4 : Tous les Suisses sont égaux devant la loi; il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de *lieu*, de naissance, de personnes ou de familles.

³ Cf. A. T. F. 55 III 8.

⁴ Cf. A. T. F. 55 III 26.

teur ne sont insaisissables que pour autant qu'ils sont nécessaires et même indispensables au débiteur et à sa famille. L'Office ne peut tenir compte que des besoins des personnes domiciliées en Suisse. C'est aux Suisses qui sont à l'étranger et qui veulent se prévaloir de l'insaisissabilité qu'il incombe de rapporter la preuve que les biens leur sont indispensables.

3. Lorsque les personnes qui se prévalent de l'insaisissabilité sont domiciliées en Suisse, il n'y a aucune distinction de nationalité à faire.

4. Quant aux étrangers, sans domicile en Suisse, ils ne peuvent se prévaloir que de 92 ch. 7, 8, 9 et 10 L. P.

5. Nul ne peut se prévaloir de sa loi nationale pour alléguer que certains biens sont insaisissables à teneur de cette loi, alors qu'ils sont saisissables selon la loi en Suisse.



CHAPITRE V

Examen de certaines difficultés résultant de l'application de la L. P. en matière internationale

A. De la notification des actes de poursuite¹

§ 19. Notification du débiteur

Lorsque le débiteur demeure au for de la poursuite, les actes lui sont notifiés dans sa demeure ou à l'endroit où il exerce habituellement sa profession. (L. P. 64.) Lorsqu'il est domicilié à l'étranger, mais possède en Suisse un domicile d'affaires, les notifications doivent être faites par l'Office de l'arrondissement où se trouve son domicile au Registre du Commerce et doivent lui être faites à ce domicile et non au lieu de sa résidence². L'Office doit en outre examiner s'il est compétent (même s'il n'y a pas eu de plainte du débiteur) et s'il ne l'est pas, il doit refuser de suivre aux opérations.

Lorsque le débiteur est domicilié dans un des pays avec lesquels la Suisse n'a conclu aucune convention, la notification se fait conformément à l'art. 66 al. 3 L. P.

Quant au débiteur domicilié dans un Etat contractant de la Con-

¹ L. P. 34, 35, 47, 64 et suiv., 72 et suiv.

Convention de la Haye relative à la Procédure civile du 17 juillet 1905. R. O. 25, p. 479 et suiv. Déclaration de la Suisse aux Etats contractants de la convention. Feuille féd. 1910, vol. II, p. 87.

Convention avec l'Allemagne, 13 décembre 1878. R. O. Tome III, p. 624.

Convention avec l'Autriche, 30 décembre 1899. R. O. XVIII, p. 2.

Convention avec la Belgique, 29 novembre 1900. R. O. XVIII, p. 271.

Convention avec la France, 1^{er} février 1913. R. O. XXIX, p. 12.

Circulaire du T. F. du 12 juin 1913. Feuille féd. 1913 III p. 743.

Circulaire du T. F. du 13 juillet 1926 (J. d. T. 1926, Pp. 127) concernant la notification des avis de saisie à des personnes domiciliées en Allemagne.

² A. T. F. 17 oct. 1912 J. d. T. 1913 Pp. 39.

vention de La Haye, l'art. 6 de la convention, qui est le suivant, lui est applicable pour les notifications qui lui sont adressées :

Art. 6. Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas :

1^o à la faculté d'adresser directement par la voie de la poste des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger ;

2^o à la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination ;

3^o à la faculté, pour chaque Etat, de faire faire directement, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, des significations destinées aux personnes se trouvant à l'étranger.

Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si des conventions intervenues entre les Etats intéressés l'admettent, ou si, à défaut de conventions, l'Etat sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas. Cet Etat ne pourra s'y opposer lorsque, dans le cas de l'al. 1, N^o 3, l'acte doit être signifié sans contrainte à un ressortissant de l'Etat requérant.

Seule, l'Allemagne, s'est opposée aux significations par la poste ¹.

Le T. F. a jugé qu'une signification non conforme à la Convention de La Haye n'était pas nulle de plein droit, mais devait être attaquée par voie de plainte dans le délai de 10 jours prévu à l'art. 17 L. P. ². L'exception d'irrégularité dans la notification n'étant pas d'ordre public, ne peut être soulevée d'office par une autorité de surveillance ³. Toutefois, une notification par la poste en Allemagne est nulle par le simple fait que le destinataire a refusé l'acte postal ⁴.

Le T. F. a jugé ⁵ qu'en Allemagne, la signification par la poste

¹ Voir circulaire du T. F. du 12 juin 1913 (Feuille féd. 1913 III, p. 743.

² A. T. F. 12 juillet 1916. J. d. T. 1916, Pp. 158 A. T. F. 13 mai 1924, J. d. T. 1925 Pp. 53 (notif. en Belgique). A. T. F. 44 III 78, J. d. T. 1918 Pp. 106 (Italie) A. T. F. 48 III 122, J. d. T. 1923 Pp. 2 (Roumanie).

³ A. T. F. 12 juillet 1916, J. d. T. 1916 Pp. 158.

⁴ A. T. F. 43 III 221. J. d. T. 1918, Pp. 2 Cf. 41 III 210.

⁵ A. T. F. 43 III 221. J. d. T. 1918, Pp. 2.

ne saurait être admise même lorsque les autorités allemandes requises de procéder à la notification s'y sont refusées. Le T. F. considère que « si c'est à tort que l'Etat requis viole ses obligations contractuelles, il ne reste à l'Etat requérant d'autres ressources que de se retirer de la Convention de La Haye, les autorités de poursuite ne pouvant appliquer en son lieu et place les dispositions du droit interne ».

Nous ne pouvons nous rallier à ce considérant. Il est absolument inadmissible qu'une notification ne puisse avoir lieu. Cela est plus contraire à la Convention qu'une notification par la poste autorisée par l'art. 6. Si l'Allemagne a signé la Convention de la Haye, c'est qu'elle s'oblige, par là, à autoriser les significations sur son territoire. Or, il va de soi qu'elle ne peut faire valoir le droit qui lui est accordé de s'opposer aux significations par la poste, qu'en tant qu'elle autorise les autres modes de significations. Si les autorités allemandes refusaient de se prêter aux significations ainsi qu'elles devaient procéder, la signification par la poste devait être valable.

Les notifications par la poste à l'étranger doivent avoir lieu par lettre recommandée¹. Il faut distinguer la notification irrégulière de la non-notification. Ainsi, l'avis donné par l'autorité au débiteur d'avoir à retirer la pièce dans un certain délai n'est pas une notification².

L'acte doit être signifié dans la langue de l'autorité requise ou la langue convenue entre les deux Etats intéressés ou doit être accompagnée d'une traduction (art. 3 de la Convention). L'exception d'irrégularité doit néanmoins être soulevée par voie de plainte dans le délai de 10 jours³.

A l'égard de la France, la convention du 1^{er} février 1913 (art. 2 et 8) n'exclut pas la notification par la poste⁴.

¹ A. T. F. 42 III 314.

² A. T. F. 49 III 95. J. d. T. 1923, Pp. 121 (Hongrie).

³ A. T. F. 13 mai 1924 J. d. T. 1925, Pp. 63 (Belgique).

⁴ A. T. F. 41 III 210, J. d. T. 1916, Pp. 4 cf. A. T. F. 45 I 239, cons. 2.

Quant à la notification par voie édictale ¹, elle ne peut avoir lieu que lorsque les autres modes de notification seront impossibles. Le créancier (et non l'Office) devra établir que le débiteur a abandonné son domicile ou sa résidence antérieure sans indiquer sa nouvelle adresse et sans désigner de représentant ².

Elle ne pourra avoir lieu en raison d'une absence momentanée du débiteur ³. Quant à la prolongation du délai de la signification par voie édictale, cf. § 21 ci-dessous.

§ 20. Notifications à d'autres personnes que le débiteur

1. *Représentant conventionnel.*

On ne peut admettre que le débiteur a donné un mandat conventionnel à un tiers pour recevoir des actes de poursuite que s'il a désigné expressément ce mandataire à l'Office des Poursuites ou s'il lui a donné une procuration générale. La procuration conférée en vue d'administrer ou de liquider une succession ne donne pas qualité pour recevoir des actes de poursuite dirigée contre l'héritier.

Celui qui a reçu un acte de poursuite et qui conteste avoir la qualité de mandataire pour le recevoir a droit de porter plainte tout comme le débiteur ⁴.

Le T. F. a également jugé à propos de l'emprunt de la ville de Vienne, contenant clause de paiement en francs suisses à Bâle, que la Banque de Bâle désignée par le débiteur pour le paiement peut recevoir les notifications ⁵.

2. *Représentant légal.*

Nous avons vu, qu'un débiteur domicilié en Suisse, ayant un représentant légal à l'étranger, peut néanmoins être poursuivi en

¹ Art. 66 al. 4 L. P.

² Cf. A. T. F. 24, I N° 106, 29 I, N°s 122 et 123. Concernant les droits et devoirs de l'Office, cf. A. T. F. 23, N°s 209, 31 I N° 63, 35 I N° 45, 45 III p. 124 cons. 3. cf. Jäger ad. art. 66 rem. 16 et suiv.

³ A. T. F. 41 III 290.

⁴ A. T. F. 2 février 1917, J. d. T. 1917 Pp. 88.

⁵ A. T. F. 19 décembre 1927, J. d. T. 1928, Pp. 58, cf. A. T. F. 44 I 53.

Suisse. Cependant, les actes de poursuite doivent être également notifiés au représentant ¹. Cette notification doit aussi permettre au représentant de faire opposition et ainsi le délai devra, cas échéant, être prolongé (cf. § 21). Il suffit que, soit le représentant, soit le représenté fasse opposition pour que cette dernière soit valable. Si, d'après la loi nationale du débiteur, le mari est le représentant légal de la femme mariée, cette dernière doit l'établir ².

3. *Tiers à la poursuite.*

La notification du commandement de payer doit être faite de telle sorte que le tiers propriétaire du gage, puisse faire opposition ³.

La L. P. ne prévoit la notification par voie édictale que pour les actes à notifier au débiteur lui-même, mais non pour les tiers. Ceux-ci sont toujours en droit d'exiger une notification directe et, si celle-ci ne peut être effectuée à raison de l'absence, elle doit être faite à un curateur désigné à cet effet, conformément à 392 C. C. S. ⁴. Selon la circulaire du T. F. du 13 juillet 1926 ⁵, le gouvernement allemand considère que « la notification de l'avis par lequel un tiers débiteur domicilié en Allemagne est informé que désormais il lui est interdit de s'acquitter autrement qu'en mains du préposé constituait un acte de souveraineté portant sur un bien soumis uniquement aux autorités allemandes de poursuite et que, par conséquent, un office étranger n'était pas compétent pour procéder à cet acte ».

« En conséquence, afin d'éviter des difficultés, les Offices de poursuites devront, dorénavant, s'abstenir d'adresser, tant par la voie postale, que par l'intermédiaire des autorités allemandes, des avis de saisie à des tiers débiteurs domiciliés en Allemagne.

¹ A. T. F. 38 I N° 124 J. d. T. 1913, Pp. 98.

² A. T. F. 10 octobre 1912 J. d. T. 1913 Pp. 98.

³ A. T. F. 38 I 648.

⁴ A. T. F. 8 mai 1918, J. d. T. 1918, Pp. 98.

⁵ J. d. T. 1926, Pp. 127.

B. Prolongation des délais¹

§ 21. Du délai d'opposition

Selon l'art. 74 L. P., le débiteur doit aviser l'office de l'opposition dans les 10 jours de la notification du commandement de payer.

Tout débiteur, domicilié en Suisse, a, du fait de l'art. 32 L. P., 10 jours entiers puisqu'il lui suffit de remettre sa déclaration d'opposition le 10^{me} jour avant 18 heures à un bureau de poste; mais comme le bureau de poste doit être suisse (Jäger ad. art. 32, rem. 4 Blumenstein p. 200), le débiteur domicilié à l'étranger verrait les délais qui lui sont accordés considérablement écourtés et se trouverait même, dans de nombreux cas, dans l'impossibilité absolue de faire part de son opposition dans le délai.

Ce délai de 10 jours est un délai de réflexion qui doit être accordé aussi bien au débiteur domicilié à l'étranger qu'au débiteur domicilié en Suisse. Il y aura donc lieu de lui accorder une prolongation de délai si, alors qu'il remet à la poste son opposition le dernier jour du délai légal, il ne lui est plus possible de la faire parvenir à l'office en temps voulu. Si, en pareil cas, la prolongation lui est refusée, le débiteur peut l'obtenir par la voie de la plainte, même après l'expiration du délai légal, pourvu que l'opposition soit parvenue à l'office dans le délai qui aurait dû être d'emblée accordé à cet effet². Mais, ce n'est que si la déclaration d'opposition a été mise à la poste avant la fin du délai de 10 jours que le préposé a le droit de prolonger le délai³. C'est la seule circonstance qui doit être prise en considération par le préposé. La législation étrangère concernant les fêtes et suspensions, par exemple, n'a pas à entrer en ligne de compte.

Le débiteur n'est pas tenu d'annoncer lui-même de l'étranger

¹ Art. 66 al. 5 L. P.

² A. T. F. 22 janvier 1917, J. d. T. 1917, Pp. 84. A. T. F. 7 novembre 1921, J. d. T. 1922 Pp. 74 cf. A. T. F. 42 III N° 33.

³ A. T. F. 13 mai 1924, J. d. T. 1925 Pp. 53.

son opposition dans le délai prolongé ; il peut aussi charger un avocat suisse de le faire ¹.

Cependant, lorsqu'un avocat suisse fait opposition, l'office ne peut communiquer cette opposition aux créanciers avant d'avoir la preuve par la relation de la notification que le commandement de payer a été notifié au débiteur (ainsi lorsque l'opposition est faite par l'avocat avant le retour du procès-verbal de notification ².)

La notification par voie édictale (art. 66 al. 4 L. P.) ainsi que l'a admis le T. F. ³ est basée sur la présomption juris et de jure que l'intimé prend connaissance de la publication à sa date même. En effet, la publication tient lieu de notification ordinaire.

Le préposé n'a donc à prolonger le délai fixé à l'intimé que, si — son domicile étant inconnu — il est cependant établi qu'il se trouve dans un pays d'où les communications postales ne lui permettent pas d'agir en temps utile.

L'art. 66 L. P. relatif à la prolongation des délais ne concerne que le débiteur. Cependant, ainsi que l'a admis le T. F. ⁴, on doit accorder au tiers propriétaire du gage, dans la procédure préliminaire en matière de poursuite, la même situation juridique qu'au débiteur poursuivi. La notification du commandement de payer doit permettre aussi au tiers propriétaire du gage, de faire opposition. Il y aura donc lieu de faire, cas échéant, à son égard, application de l'art. 66 al. 5 L. P. ⁵.

Le T. F. a admis ⁶ que l'art. 47 al. 1 L. P., stipulant que la poursuite a lieu au domicile du représentant légal, n'est applicable que pour autant que le représentant légal est domicilié en Suisse. Si ce

¹ A. T. F. 9 février 1926, J. d. T. 1926 Pp. 110.

² A. T. F. 21 septembre 1920, J. d. T. 1920 Pp. 121.

³ A. T. F. 17 octobre 1919, J. d. T. 1919 Pp. 133.

⁴ A. T. F. 38 I 648, J. d. T. 1919 Pp. 141.

⁵ Cf. A. T. F. 3 octobre 1919, J. d. T. 1919 Pp. 130.

⁶ A. T. F. 10 octobre 1912, J. d. T. 1913 Pp. 98.

dernier est à l'étranger, le représenté sera poursuivi en Suisse. Mais, même dans ce cas, les actes de poursuite devront être notifiés au représentant. Ce dernier est donc en droit d'exiger que l'art. 66 al. 5 L. P., stipulant la prolongation des délais, lui soit également appliqué. Le délai d'opposition dans la poursuite pour effets de change devra être également prolongé ¹.

§ 22. Prolongation d'autres délais

a) *Délai de plainte, 10 jours, art. 17 L. P.*

L'art. 17 L. P. ne protège le débiteur à l'étranger qu'en tant que la plainte formulée par lui dans le délai de 10 jours est considérée comme valable, même si elle parvient à l'office après le délai. Dès lors, devra être considérée comme valable toute plainte expédiée dans le délai quelle que soit la date de son arrivée à l'office.

b) *Délai de paiement, 20 jours, art. 69 ch. 2 L. P.*

Ce délai, relativement court, accordé au débiteur pour lui permettre de se procurer les fonds nécessaires, doit être également attribué pleinement au débiteur à l'étranger. Il concerne également le représentant légal. Si le délai a été prolongé, ce n'est qu'à l'expiration du délai fixé pour le paiement que le créancier pourra requérir la saisie ou demander la commination de faillite.

c) *Délai de paiement dans la poursuite en réalisation du gage 152 L. P.*

Il en sera de même du délai de 152 L. P.

d) *Délai de paiement dans la poursuite pour effets de change, 178 ch. 2 L. P.*

Le délai de 5 jours de l'art. 178 ch. 2 devra être accordé intégralement à tous les débiteurs. Ces délais de paiement doivent être éga-

¹ Art. 178 ch. 3 L. P.

lement prolongés au tiers propriétaire du gage, et au représentant légal à l'étranger.

e) *Délai pour intenter l'action en libération des dettes.*

Le délai de 10 jours de l'art. 83, al. 2 L. P. n'est pas fixé par l'Office. Il ne concerne pas l'Office et n'a trait qu'à la procédure civile. Il ne peut, par conséquent, pas être prolongé par le préposé. Quant au juge, il n'a pas la compétence d'accorder une prolongation.

f) *Délai pour se prononcer sur la revendication, art. 106 L. P.*

Le délai de 106 ne doit être prolongé qu'en tant qu'il est imparti au débiteur. Quant au créancier, il n'a aucun droit à exiger une prolongation de délai.

La L. P. ne fixe pas le délai pendant lequel le tiers informé d'une saisie ou d'un séquestre sur des biens qu'il prétend être siens, doit informer l'Office de sa revendication. Toutefois, le T. F.¹ faisant œuvre de législateur, a fixé le délai imparti au tiers, à 10 jours dès le moment où il a eu connaissance de la saisie ou du séquestre et ce, sous peine de déchéance.

L'Office ne fixant pas le délai, n'a donc pas à le prolonger. Cependant, il suffira que le tiers ait expédié sa déclaration de revendication dans les 10 jours où il a eu connaissance de la saisie ou du séquestre. Le tiers a évidemment droit au délai de 10 jours pleins pour prendre des renseignements complémentaires et réfléchir.

g) *Délai pour intenter l'action en revendication, 10 jours art. 107 et 109 L. P.*

Le délai de l'art. 107 doit également être prolongé, cas échéant. Le T. F. a jugé à cet effet que « bien que dans l'art. 66 L. P., le législateur n'ait eu en vue que les délais intéressant le débiteur, cette

¹ A. T. F. 27 septembre 1911, J. d. T. 1912 Pp. 98.

lacune n'est pas voulue et le principe contenu dans ce texte peut s'appliquer par analogie notamment au délai qui est assigné à un tiers pour intenter l'action en revendication d'un objet saisi ou séquestré » ¹.

Le délai de l'art. 109, par contre, ne concernant que le créancier, n'a pas à être prolongé.

h) Délai pour s'opposer à la participation à la saisie sans poursuite préalable art. 111 L. P.

Doit être également prolongé le délai imparti au débiteur, selon l'art. 111. al. 2, mais non le délai imparti au créancier, selon 111 al. 2, ni le délai de 111 al. 3.

i) Délai imparti à l'Office, art. 89, 122 L. P.

La prolongation des délais n'est accordée au débiteur à l'étranger que lorsqu'il doit accomplir certains actes de la procédure de poursuite et non lorsque l'Office doit procéder à certains actes.

Pour ces raisons, le délai imparti à l'Office pour procéder à la saisie n'a pas à être prolongé.

j) Délai de grâce accordé au débiteur.

Toutefois, il faut faire une exception à la règle précédente, en faveur du délai de 122 L. P. stipulant que les biens meubles sont vendus par l'Office 10 jours au plus tôt et un mois au plus tard après la réquisition de vente.

En effet, l'art. 89 L. P. stipule que l'Office procède à la saisie dans les 3 jours dès la réquisition. Il n'est donc pas toujours possible de se conformer à l'art. 90 L. P. qui stipule que le débiteur doit être avisé de la saisie la veille.

Or, il est inadmissible que les biens soient réalisés alors que le débiteur n'a pas encore eu connaissance de la saisie par la copie du

¹ A. T. F. 3 octobre 1919, J. d. T. 1919 Pp. 130.

procès verbal ou, s'il en a eu connaissance, n'a pas eu le temps de payer.

Entre l'instant où il est avisé de la réquisition de vente (art. 120 L. P.) et la réalisation des meubles (art. 122 L. P.) le débiteur domicilié en Suisse a en tous cas 5 jours pour obvier à la vente en comptant le temps que met la signification de l'Office pour parvenir au débiteur et l'envoi de fonds (montant total ou partiel de la dette selon 123) du débiteur à l'Office. Ce délai de 5 jours devra être également accordé au débiteur à l'étranger, en plus du temps que mettent les communications pour parvenir de l'Office au débiteur et de ce dernier à l'Office.

On accordera au créancier étranger aussi le délai d'un mois dont bénéficie le créancier suisse lorsqu'il s'agit de la vente d'immeuble. A plus forte raison, on accordera au débiteur à l'étranger, dans la poursuite en réalisation du gage, les mêmes délais de 5 jours et d'un mois dont jouit le créancier suisse, selon 155 et 122. En effet, dans de nombreux cas, le débiteur ne sera pas encore averti de la mainlevée de l'opposition qu'il avait formulée, ni de la réquisition de vente. Le délai de plainte contre la commination de faillite (art. 160 ch. 4 L. P.) peut être prolongé lorsque le débiteur est à l'étranger. Nous sommes d'avis que le délai qui est accordé au débiteur suisse après l'expiration du délai de plainte jusqu'au moment où le créancier a le droit de requérir la faillite doit être également accordé au débiteur à l'étranger pour lui permettre, soit de payer, soit de proposer un concordat.

C. Indication du montant de la dette en monnaie légale suisse¹

§ 23. Art. 67, ch. 3 L. P.

Selon l'art. 67 ch. 3 L. P. la réquisition de poursuite doit contenir le montant de la créance en valeur légale suisse. Ainsi qu'il est admis

¹ Jäger ad. art. 67 L. P. E. Thilo, dans J. d. T. 1927 p. 296. Agénor Kraft dans Zeitschrift des bern. Juristenvereins 1927 p. 188.

par la jurisprudence ¹, la somme doit être exprimée en valeur légale suisse, non seulement dans la réquisition de poursuite, mais aussi dans la réquisition de continuer la poursuite et cette règle est d'ordre public.

Il faut soigneusement distinguer entre la conversion prévue à l'art. 84 C. O. ² et celle de l'art. 67 L. P. Selon une théorie adoptée par le T. F. ³ il faut distinguer entre la monnaie du contrat et la monnaie de paiement. La monnaie du contrat est quantitative, elle indique combien le débiteur doit payer. La monnaie de paiement est qualitative. Elle indique comment le débiteur doit payer. La monnaie du contrat n'est pas nécessairement fixée par la loi applicable au fond du contrat, ni par la loi du lieu d'exécution. Elle doit être recherchée en application du principe de l'autonomie de la volonté. Deux parties en Allemagne peuvent s'engager en francs alors que leur contrat serait soumis, par exemple au droit allemand ; en quels francs ? français, belges, suisses ? Il faudra examiner la volonté des parties pour déterminer la monnaie du contrat.

La monnaie de paiement relève de la *lex loci executionis*. Cette dernière indiquera comment le débiteur doit s'exécuter, s'il peut s'exécuter en monnaie étrangère, comment la conversion aura lieu. Ainsi, dans le cas que nous venons de voir, supposons qu'il s'agisse de francs français, mais payables en Suisse. S'il a été stipulé « valeur effective », la monnaie de paiement sera française, si, au contraire, cette mention ou une autre analogue fait défaut, la monnaie de paiement sera suisse ⁴. Cependant, le débiteur a la faculté (mais lui seul a ce droit) ⁴ de choisir entre la monnaie du contrat et celle du paiement.

¹ A. T. F. 12 octobre 1917, J. d. T. 1918 Pp. 6.

² Art. 84 C. O. Le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en monnaie du pays. Si le contrat indique une monnaie qui n'a pas cours légal dans le lieu du paiement, la dette peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots « valeur effective » ou par quelque autre expression analogue.

³ A. T. F. 23 mai 1928, J. d. T. 1928 p. 482.

⁴ Cf. art. 84 C. O.

En aucun cas, le créancier n'a la faculté de faire ce choix ¹ ; cependant, lorsque le créancier veut poursuivre son débiteur en Suisse, comment doit-il faire la conversion exigée par l'art. 67, ch. 3 L. P. ? Il faut d'abord examiner la nature de cette disposition de l'art. 67 L. P. Elle apparaît évidemment comme une prescription de procédure et d'ordre public ². Cette indication en monnaie légale suisse n'opère pas novation, elle signifie simplement que les biens du débiteur situés en Suisse peuvent y être mis à contribution jusqu'à concurrence du montant indiqué en valeur légale suisse dans la procédure d'exécution forcée qui se déroule en Suisse ³.

La conversion opérée selon 67 ch. 3 L. P. n'a qu'une importance de procédure et n'a pas de conséquence de droit matériel. L'Office ne serait du reste pas compétent pour opérer une conversion ayant des effets de droit matériel ⁴.

Le T. F. avait déjà jugé ⁵. « Les autorités de poursuite ne peuvent déterminer elles-mêmes le cours de conversion d'une valeur étrangère que lorsque le jour auquel ce cours doit être calculé est déjà fixé et qu'il est là ou est déjà passé et qu'ainsi le calcul est possible sur des bases sûres ; car cette fixation du cours est une question de droit qui est de la compétence exclusive du juge ».

Comment déterminer le jour auquel le cours de conversion doit être calculé ?

La question serait assez simple à résoudre si le débiteur ne se trouvait pas la plupart du temps volontairement ou non en demeure. Mais, ainsi que l'admit avec raison le T. F. ⁶, le créancier doit, en principe, obtenir l'intégralité de sa créance dans un seul procès ou au cours d'une même poursuite. Or, le principe d'une demande

¹ A. T. F. 21, 446, Oser, Commentaire, ad. art. 84.

² A. T. F. 12 octobre 1917, J. d. T. 1918 Pp. 6.

³ A. T. F. 46 II 403, J. d. T. 1921 p. 73.

⁴ A. T. F. 14 février 1924, J. d. T. 1924 Pp. 130.

⁵ A. T. F. 12 octobre 1917, J. d. T. 1918 p. 6.

⁶ A. T. F. 51 III 187.

en justice pour tout dommage subséquent conduirait à des résultats inadmissibles en cas de baisse ou hausse persistantes de la monnaie étrangère. Il faudrait, en effet, toute une série de jugements successifs pour réparer le dommage lorsque la monnaie étrangère varie dès l'introduction de l'action ou de la poursuite jusqu'au jour du paiement. C'est donc au jour du paiement qu'il faudrait examiner ce à quoi le créancier a effectivement droit, en prenant pour base le cours de ce jour. Mais on ne peut exiger du créancier qu'il indique dans sa réquisition de poursuite, la monnaie en valeur légale suisse en prenant pour base le cours au jour de la distribution des deniers !¹

Pour arriver à un résultat pratique, il faut déterminer ce à quoi le créancier a droit dans les différents cas suivants, en se basant, avant tout, sur les règles de la bonne foi².

En effet, il ne faut pas que, par sa demeure, le débiteur s'enrichisse au détriment de son créancier. Il ne faut pas non plus que le créancier en s'abstenant de réclamer le paiement que son débiteur a omis d'effectuer, se trouve dans une situation telle que les variations de cours si elles sont favorables lui profitent et, si elles sont défavorables, ne portent préjudice qu'au débiteur. Le créancier aurait alors tout avantage, à ce que le débiteur ne paie pas à l'échéance si les variations du change peuvent lui procurer des avantages sans lui faire courir le risque de perdre. La bonne foi veut que le créancier ait sommé son débiteur de s'exécuter. A défaut d'exécution, il n'est que juste que le débiteur pâtisse de son retard.

Différents cas peuvent se présenter :

I. Dette payable en Suisse.

1) Le débiteur a le choix de 84 al. 2 C. O. et la monnaie étrangère a baissé de valeur depuis le jour de l'échéance au jour de la poursuite.

¹ Cf. A. T. F. 43 III 272.

² A. T. F. 51 III 186.

La demeure du débiteur ne devant pas porter préjudice au créancier, la conversion doit être faite au cours du change le jour de l'échéance. Il est, en effet, à présumer que, puisque le paiement devait s'effectuer en Suisse, quand bien même le débiteur se serait exécuté en monnaie étrangère, le créancier aurait converti cette somme en argent suisse.

2) Le débiteur a le choix de 84 al. 2 C. O. et la monnaie étrangère a augmenté de valeur depuis le jour de l'échéance au jour de la poursuite. Rien n'empêche le débiteur de bénéficier du change, pourvu que ce ne soit pas au détriment du créancier. En principe, le cours devra être calculé au jour de l'échéance et le créancier n'aura droit, dans la règle, qu'aux intérêts moratoires, en plus du capital. Toutefois, le cours du change sera calculé au jour de la réquisition de poursuite, lorsque le créancier prouvera qu'il aurait immédiatement converti la somme qu'il aurait reçue en monnaie étrangère. On présupera cette conversion lorsque le créancier est lui-même, par ailleurs, débiteur en cette monnaie.

3) Le débiteur doit s'exécuter en monnaie étrangère et la monnaie étrangère a baissé de valeur. De la stipulation valeur effective ou d'une autre analogue, il résulte que le créancier entend obtenir de la monnaie étrangère. L'important est donc qu'il obtienne le plus exactement possible la somme stipulée en valeur étrangère. Comme le cours du jour du paiement ou de la distribution des deniers ne peut être déterminé, on tiendra compte du cours du jour de la réquisition de poursuite. Toutefois, le cours du change sera calculé au jour de l'échéance, lorsque le créancier prouvera qu'il aurait converti la somme en monnaie suisse.

On présupera l'intention de convertir cette somme en monnaie suisse lorsque la personne qui doit recevoir l'argent habite la Suisse¹.

¹ A. T. F. 46 II p. 408, 15 mars 1927, J. d. T. 1927 p. 294 cf. cependant A. T. F. Aubert contre Telephonwerke Protos du 30 octobre 1925, présomption écartée.

4) Le débiteur doit s'exécuter en monnaie étrangère et la monnaie étrangère a augmenté de valeur. La poursuite doit procurer d'emblée au créancier une somme qui, immédiatement convertie en valeur étrangère, produise autant que possible le montant exact qui lui est dû dans cette monnaie ¹.

On tiendra compte du cours du jour de la réquisition de poursuite puisqu'il n'est pas possible de prendre celui de la distribution des deniers.

II. Dette payable à l'étranger.

Nous avons vu que la *lex loci executionis* détermine la monnaie de paiement. Mais elle détermine le comment et non le combien du paiement ². Il s'agit donc de savoir si un décret prononçant le cours forcé du papier dans l'Etat où le paiement aurait dû intervenir peut avoir des effets en Suisse. La loi du pays où l'exécution aurait dû avoir lieu ne pourrait en aucun cas être prise en considération en Suisse lorsqu'elle déterminerait le combien du paiement. Or, par le cours forcé, il est évident que le créancier est payé en une monnaie qui représente une valeur inférieure à celle à laquelle il a droit. Le cours forcé est une disposition d'ordre public qui n'a pas d'effets extraterritoriaux.

Il y a donc lieu d'examiner quelle aurait été la situation du créancier si l'exécution avait eu lieu au temps et au lieu prescrit par le contrat. L'exécution forcée en Suisse a pour but de procurer au créancier ce à quoi il a droit, c'est-à-dire :

1^o au paiement de la dette avec intérêts moratoires.

2^o à la réparation du dommage occasionné au créancier par l'inexécution de l'obligation.

Puisque le T. F. a admis ³ que le créancier doit, en principe,

¹ A. T. F. 51 III p. 188.

² Cf. rem. dans J. d. T. 1928 ad. A. T. F. Bernet c. Crédit Foncier Franco-Canadien, p. 493. Dans le même sens Sauser-Hall à son cours.

³ A. T. F. 51 III 187.

obtenir l'intégralité de sa créance dans un seul procès ou au cours d'une même poursuite, il n'y aura qu'une seule poursuite.

A. La monnaie du contrat est la même que celle du lieu où le paiement aurait dû être effectué.

1) La monnaie étrangère a baissé de valeur depuis le jour de l'échéance au jour de la réquisition de poursuite. Le créancier n'en est pas moins légitimé à réclamer ce à quoi il avait droit au jour de l'échéance et c'est à ce jour-là que le cours devra être calculé ¹.

2) La monnaie étrangère a augmenté de valeur depuis le jour de l'échéance au jour de la réquisition de poursuite. Ainsi que l'a jugé le T. F. ². « Une disposition relative à la poursuite ne peut avoir pour effet de réduire le montant de la dette dont cette poursuite a précisément pour but d'assurer l'exécution. La poursuite intentée pour obtenir en Suisse l'acquittement d'une dette payable à l'étranger en monnaie étrangère, doit donc procurer d'emblée au créancier une somme qui, immédiatement convertie en valeur étrangère, produise, autant que possible, le montant exact qui lui est dû dans cette monnaie. »

« Seul, le cours du jour de la distribution des deniers répondrait à une telle exigence. Mais il ne peut être adopté pour des raisons pratiques développées dans un précédent arrêt auquel il suffit de se référer (R. O. 43 III p. 272). »

« On doit, dès lors, à ce défaut, prendre pour base le cours du jour de la réquisition de poursuite qui, mieux que celui de l'échéance permet au créancier de recevoir en fin de compte l'équivalent de sa créance. Une fois déterminée en francs suisses, la somme pour laquelle la poursuite est intentée doit toutefois rester immuable. Le change peut, sans aucun doute, subir ultérieurement des fluctuations diverses, dont le créancier bénéficiera ou pâtira ; ce risque, qu'il

¹ A. T. F. 46 II 404, J. d. T. 1921 p. 74 cf. A. T. F. 51 III 186.

² A. T. F. 51 III 188.

n'est malheureusement pas possible d'éliminer n'est cependant pas de nature à faire abandonner une solution répondant par ailleurs aux exigences de l'équité. »

B. La monnaie du contrat est différente de celle du lieu où le paiement aurait dû être effectué. Depuis l'échéance, la monnaie du contrat et celle du paiement peuvent avoir subi des variations diverses.

1) La monnaie du contrat a baissé de valeur par rapport à la monnaie du lieu de paiement. Ainsi, plus le débiteur attend, plus il réduit sa dette. Cependant, le créancier ne subit un dommage qu'en tant qu'il aurait converti la monnaie de paiement en monnaie du contrat ou en autre monnaie, (suisse ou autre), qui a également augmenté de valeur par rapport à la monnaie de paiement.

La loi du lieu de paiement, pour autant qu'elle indique le comment et non le combien du paiement, sera déterminante. Le choix de la date du cours ayant une importance de droit matériel, ne devra pas léser le créancier qui aura toujours poursuivi son débiteur en Suisse pour tout ce qui lui est dû. Par analogie à ce que nous avons vu, sous litt. A, ch. 1, on calculera le cours de conversion au jour de l'échéance.

Lorsque, du jour de l'échéance au jour de la réquisition de poursuite, la monnaie du lieu de paiement aura augmenté de valeur par rapport au franc suisse, par analogie également, à ce que nous avons vu sous litt. A, ch. 2, on calculera le cours de la seconde conversion au jour de la réquisition de poursuite.

Ainsi, nous voyons que deux conversions sont nécessaires et qu'il n'est pas possible d'opérer une conversion directe de la monnaie du contrat en francs suisses puisque le jour des deux conversions que nous avons vues n'est pas le même.

Lorsque la monnaie de paiement aura baissé de valeur du jour de l'échéance au jour de la réquisition de poursuite par rapport au franc suisse, la conversion s'opérera au jour de l'échéance. Cf. A. ch. 1 ci-dessus.

2) La monnaie du contrat a augmenté de valeur par rapport à la monnaie du lieu de paiement.

Par analogie à ce que nous avons vu sous litt. A., le cours de la première conversion s'opérera au jour de la réquisition de poursuite, la seconde conversion également à ce jour si la monnaie du lieu de paiement a augmenté de valeur par rapport au franc suisse. Au contraire, cette seconde conversion s'opérera au jour de l'échéance lorsque la monnaie du lieu de paiement aura baissé de valeur par rapport au franc suisse.

Avant de terminer l'examen de cette question, que le cadre de notre travail a considérablement restreint, nous nous permettons de reproduire ici une note de M. E. Thilo, dans J. d. T. 1927 p. 296 : « au mois d'août 1926 à Vienne, l'Internationale Law Association » a voté des « règles de change » qui — comme M. Agénor Krafft » le fait remarquer dans une notice publiée par la Zeitschr. des Bern. » Juristen Vereins. 1927, p. 188 et suiv. — ne constituent point des » règles d'interprétation de contrats existants ni des principes à » l'adresse des tribunaux pour l'application des textes légaux « mais » des normes destinées à être invoquées par voie de référence dans » les contrats au moment de leur conclusion ». Si elles répondent à » à un besoin effectif du commerce international, elles ne manqueront » pas de jouer un rôle important, non seulement dans les affaires, mais » aussi dans les rapports juridiques ».

« Ces règles sont ainsi conçues :

« Règle 1. Tout paiement doit être effectué dans la monnaie mentionnée au contrat, même si le paiement est fait dans un pays autre que celui où la monnaie du contrat a cours légal. »

« Règle 2. Lorsqu'il est impossible d'appliquer la règle 1, le débiteur doit payer l'équivalent en la monnaie du lieu où le paiement est fait au cours (du jour) du paiement effectif. »

« Règle 3. Si, par la faute du débiteur, le paiement n'a pas lieu à l'échéance, celui-ci (le débiteur) devra, sans préjudice, des inté-

» rêts moratoires, payer au créancier, à titre de dommages-intérêts,
» une somme équivalente à la dépréciation de la monnaie du contrat
» par rapport à une base or depuis le jour de l'échéance. »

« Cette règle s'applique, en faveur du débiteur, si, par la faute
» du créancier, le paiement n'a pas lieu à l'échéance. »

« Règle 4. Dans le cas où il est prescrit par ces règles, de se référer
» au change d'un jour ou d'un lieu, si ce jour ou en ce lieu, il n'y
» a pas de cote des changes, on se conformera, pour la déterminer,
» aux exigences du commerce ».

D. Le séquestre¹

§ 24. Cas de séquestre ²

Les différents cas de séquestre sont énumérés à l'art. 271 L. P. dont la teneur est la suivante : « Le créancier d'une dette échue non garantie par gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur dans les cas suivants :

1^o Lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe ;

2^o lorsque le débiteur, dans l'intention de se soustraire à ses engagements, cèle ses biens, s'enfuit ou prépare sa fuite ;

3^o lorsque le débiteur est en passage ou rentre dans la catégorie des personnes qui fréquentent les foires et les marchés, si la créance est immédiatement exigible de sa nature ;

4^o lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse ;

5^o lorsque le créancier possède contre le débiteur un acte de défaut de biens provisoire ou définitif.

Dans les cas énoncés aux chiffres 1 et 2, le séquestre peut être requis pour une dette non échue ; il rend la créance exigible à l'égard du débiteur. Sont réservées les dispositions des traités.

¹ Jäger ad. art. 271 L. P. Meili § 55 et suiv. Bonnard : Le séquestre d'après la L. P.

² Concernant le for du séquestre cf. § 12 ci-dessus.

271 ch. 1 L. P. : Lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe. Si le débiteur a un domicile fixe à l'étranger, cette disposition est inapplicable. Lorsque le débiteur a un représentant légal à l'étranger alors que lui-même se trouve en Suisse, son domicile se trouve néanmoins à l'étranger. Cependant, la disposition de 271 ch. 1 L. P. a pour but de remédier à l'impossibilité qui résulte pour le créancier d'intenter la poursuite au domicile du débiteur (art. 46 L. P.). Comme l'a admis le T. F.¹. « La disposition de 47 L. P. prescrivant que si le débiteur a un représentant légal, la poursuite a lieu au domicile de ce dernier, n'est applicable que pour autant que le domicile du représentant est en Suisse. Si, au contraire, il est à l'étranger, la poursuite peut être dirigée contre le représenté au lieu de sa résidence en Suisse. » La disposition de 47 L. P. étant dans le cas particulier inopérante, le séquestre pourra être obtenu si le débiteur n'a pas de résidence fixe. Il pourra du reste être obtenu selon 271 ch. 4.

271 ch. 2. Que le débiteur soit en Suisse ou à l'étranger, le cas de séquestre existe. Il suffit que l'activité déterminée par cette disposition ait été déployée. Peu importe que le débiteur se soit enfui de l'étranger en Suisse².

Le séquestre n'est du reste pas réservé aux seuls créanciers suisses.

271 ch. 4. Cette disposition a été beaucoup critiquée. On a voulu y voir un manque de confiance envers les autres Etats. Mais elle est d'une grande utilité. Car, n'oublions pas que, d'après le principe de la territorialité, la faillite prononcée à l'étranger ne déploie pas ses effets en Suisse et les biens situés en Suisse ne sont pas versés dans la masse étrangère. Si cette disposition n'existait pas, les biens du débiteur qui habite à l'étranger et qui a tout son actif en Suisse ne pourrait être soumis à l'exécution forcée. Cette dernière doit pourtant pouvoir se faire dans le pays où il y a quelque chose à réaliser.

¹ A. T. F. 10 octobre 1912, J. d. T. 1913 Pp. 98.

² Cf. Meili 188, Bonnard 70.

La loi ne fait aucune distinction de nationalité ou domicile du créancier. La nationalité du débiteur est également indifférente. Il suffit que le débiteur ne soit pas domicilié en Suisse, « Habite » est ici synonyme d'« avoir un domicile » au sens du droit civil ¹.

Si le débiteur a un représentant légal à l'étranger, il n'a pas en Suisse son domicile au sens du droit civil, quand bien même il résiderait en Suisse. Le T. F. a admis ² que la poursuite peut avoir lieu en Suisse, même sans séquestre, lorsque le représentant légal est à l'étranger. Le for est alors celui de la résidence.

271 *ch. 5*. La question se pose de savoir si un acte de défaut de biens étranger autorise le créancier à requérir un séquestre. A ce sujet, les auteurs sont partagés. Ott ³ et Brüstlein ⁴ assimilent purement et simplement les actes de défaut de biens étrangers aux actes suisses. Ils appliquent par analogie, l'art. 328 L. P. qui assimile aux actes de défaut de biens conformes à la L. P. les actes que le créancier a obtenu d'après les lois cantonales avant l'entrée en vigueur de la L. P. Meili ⁵, tenant compte de l'exception de non retour à meilleure fortune, opposable au porteur d'actes de défaut de biens après faillite, admet l'assimilation des actes de défaut de biens étrangers aux actes suisses, mais fait remarquer que les effets de la procédure d'exécution sont régis par le droit suisse. Jäger ⁶ admet l'assimilation lorsque l'acte de défaut de biens étranger vaut reconnaissance de dette. Bonnard ⁷ et Leemann ⁸ considèrent l'acte de défaut de biens comme constatant l'insolvabilité du débiteur. Ils n'admettent donc le séquestre sur la base d'un acte de défaut de biens étranger que si cet acte constate qu'il y a eu des poursuites

¹ A. T. F. 46 I 374.

² A. T. F. 10 octobre 1912, J. d. T. 1913 Pp. 98.

³ P. 65.

⁴ IV p. 25.

⁵ P. 189.

⁶ Ad. art. 149 rem. 3.

⁷ P. 88.

⁸ P. 153.

sur l'ensemble de la fortune du débiteur et qu'elles sont demeurées infructueuses. Blumenstein ¹ par contre, n'admet aucune assimilation.

Un acte de défaut de biens est un titre qui constate que le créancier n'a pu obtenir qu'imparfaitement l'exécution d'une obligation. Il doit donc être pris en considération en Suisse pour autant qu'il modifie le montant de la créance. Mais, les effets d'une poursuite infructueuse sont différents suivant les Etats où a lieu la poursuite. En Suisse, la procédure de poursuite est uniquement suspendue faute d'actif. Selon 149 al. 3 L. P. le créancier est dispensé du commandement de payer s'il « continue » la poursuite dans les 6 mois. Il y a donc continuation de la poursuite et non de nouvelles poursuites. De même, le créancier qui requiert un séquestre, conformément à 271 ch. 5 L. P. continue la poursuite antérieure.

En effet, la poursuite est intentée par le même créancier contre le même débiteur et pour la même cause, car l'établissement de l'acte de défaut de biens n'opère pas novation au sens de l'art. 116 C. O. ². Selon l'art. 149 al. 2 L. P. « Le créancier est dispensé du commandement de payer s'il *continue* la poursuite dans les 6 mois de la réception de l'acte de défaut de biens. » Le créancier porteur d'un acte de défaut de biens peut requérir un séquestre selon 271 ch. 5 L. P. et intenter l'action révocatoire selon 285 ch. 1 L. P. ³ Jäger déclare ⁴ « C'est au point de vue des procès-verbaux de l'office que la réquisition de continuer la poursuite doit être considérée comme une nouvelle poursuite ; au point de vue de ses effets juridiques, au contraire, elle doit être traitée simplement comme la continuation de la précédente. »

Or, selon le principe de la territorialité de la faillite (et des autres modes de poursuite) qui prévaut en Suisse, l'exécution forcée opérée

¹ P. 833.

² Jäger ad. art. 149 rem. 3.

³ Cf. également 185 et 609 C. C. S.

⁴ Ad. art. 149 rem. 7.

à l'étranger ne déploie aucun effet en Suisse. Seuls ses effets sur le montant de la dette sont pris en considération. Une poursuite commencée à l'étranger ne peut être « continuée » en Suisse. Une nouvelle poursuite est toujours nécessaire. Dès lors, le cas de séquestre de l'art. 271 cl. 5 ne concernant que la continuation de la procédure de poursuite ouverte en Suisse et suspendue faute d'actif, n'est pas applicable à de « nouvelles » poursuites et l'acte de défaut de biens étranger ne pourra donc dans le cas de l'art. 271 ch. 5 L. P. être assimilé à l'acte délivré par un office suisse ¹.

§ 25. Délivrance d'actes de défaut de biens après séquestre

Selon une jurisprudence constante du T. F. ², l'acte de défaut de biens doit démontrer l'insuffisance absolue du patrimoine du débiteur. La délivrance de l'acte ne sera donc possible que lorsque la poursuite aura eu lieu au domicile du débiteur. On ne peut donc remettre un acte de défaut de biens à un créancier dans une poursuite infructueuse après séquestre contre un débiteur domicilié à l'étranger. Le créancier ne peut pas même demander un acte équivalent au certificat d'insuffisance de gage ³.

Concernant les effets en Suisse d'un acte de défaut de biens étranger, cf. § 49 ci-dessous.



¹ Concernant la mesure dans laquelle l'acte de défaut de biens étranger peut être assimilé à l'acte de défaut de biens suisse, voir notre parag. sur les effets des actes de défaut de biens étrangers (§ 49 ci-dessous).

² A. T. F. 31 I 372, 34 I 405, 39 II 383, 6 mai 1921, J. d. T. 1922 Pp. 55.

³ Cf. également arrêt du Trib. Vaudois 26 avril 1909, J. d. T. 1910 Pp. 5 et A. T. F. 1^{er} juillet 1926, J. d. T. 1926 p. 610 (en matière de change).

CHAPITRE VI

Du jugement de faillite

§ 26. Effets du jugement de faillite prononcé en Suisse quant aux biens du débiteur sis à l'étranger

La question se pose de savoir si un jugement de faillite prononcé en Suisse peut être revêtu de l'exequatur par l'autorité d'un Etat étranger et déployer ainsi ses effets dans les limites de cet Etat. Nous avons vu en effet ¹ que certains Etats ont adopté le principe de l'unité de la faillite en matière internationale. Quelques-uns de ces Etats ² ne reconnaissent sur leur territoire les effets de la faillite étrangère que si la loi du pays de la faillite consacre également le principe de l'unité. La faillite prononcée en Suisse ne pourra donc pas plus déployer d'effets sur le territoire de ces Etats que dans les pays où est appliqué le principe de la territorialité.

Cependant, d'autres pays reconnaissent moyennant l'exequatur (certains pays même sans exequatur ³) les effets sur leur territoire de la faillite ouverte à l'étranger, en particulier le dessaisissement des biens du failli au profit de la masse étrangère. La question de savoir dans quelle mesure les Etats voisins autorisent le versement des biens situés sur leur territoire dans une masse étrangère n'est pas une question de droit international privé suisse et n'a pas à être examinée ici, mais la question qui se pose, par contre, est celle de

¹ § 3 ci-dessus.

² Angleterre Lapradelle VIII p. 377, l'Autriche VIII p. 371, autrefois la Belgique Lapradelle VIII 371 Clunet 1923 p. 626, cependant jurisprudence abandonnée Clunet 1929 p. 198.

³ Ainsi la Norvège, Clunet 1890 p. 164.

savoir si le liquidateur de la faillite suisse est en droit de demander le versement des biens situés à l'étranger dans la masse suisse.

Nous appliquons en Suisse le principe de la territorialité avec une certaine rigidité. Le T. F. a jugé¹ que le dividende auquel a droit dans une faillite suisse un créancier tombé en faillite à l'étranger doit être remis personnellement à ce créancier et non à la masse. Relevons que dans la plupart des pays où est appliqué le principe de la territorialité, on reconnaît généralement aux syndics étrangers la faculté d'agir es qualité. Il nous paraît donc que, puisque nous ne reconnaissons en Suisse aucun effet de la faillite étrangère en vertu du principe de la territorialité, nous ne pouvons exiger que la faillite prononcée en Suisse ait des effets à l'étranger et même nous devons exiger, dans la limite où le droit suisse est applicable que la faillite n'ait pas à l'étranger des effets que nous ne reconnaissons pas en Suisse aux faillites étrangères.

Nous sommes donc d'avis que le débiteur peut porter plainte lorsque le syndic voudra faire rentrer dans la masse suisse des biens situés à l'étranger. Rappelons que nous avons fait une distinction entre le for naturel et principal et le for subsidiaire². Si des biens sis à l'étranger sont versés dans la masse suisse, les créanciers dont le for principal aurait été à l'étranger et qui n'auraient été payés en Suisse qu'après désintéressement des créanciers dont le for principal est en Suisse, auront alors leur for principal en Suisse. Ce versement des biens étrangers peut donc avoir pour effet de porter préjudice aux créanciers dont le for principal est en Suisse. Ces créanciers auront également le droit de porter plainte.

Nous ne croyons pas que le versement dans la masse suisse soit nul de plein droit, car il ne s'agit pas d'une question d'ordre public. Il est donc indispensable de porter plainte dans le délai de 10 jours fixé à l'art. 17 L. P.

¹ A. T. F. 54 III p. 25.

² § 14 et suiv. ci-dessus.

Si les biens sis à l'étranger ont été versés dans la masse suisse, les créanciers dont le for principal est à l'étranger peuvent-ils exiger le paiement de leurs créances par préférence sur ces biens? Nous ne sommes pas de cet avis, du moins lorsque ces créanciers n'avaient pas un droit réel sur ces objets sis à l'étranger. En effet, les biens à l'étranger tombés dans la masse suisse seront liquidés avec les autres biens de la masse. La masse forme un tout et l'art. 197 L. P. n'en prévoit qu'une seule possible sur le territoire suisse. Les créanciers étrangers ne peuvent faire valoir des privilèges que dans la mesure où la loi suisse le stipule expressément ¹.

Par contre, nous admettons que les créanciers qui avaient leur for principal de poursuite dans le pays où étaient situés les biens versés à la masse suisse pourront produire leurs créances en Suisse comme si le for suisse était leur for principal.

§ 27. Effets du jugement de faillite quant aux droits des créanciers

En cas de pluralité de faillites, il arrive fréquemment que les créanciers produisent leurs créances dans les différentes masses. Si un Etat ne doit pas empêcher que les créanciers de la masse située sur son territoire ne s'efforcent de diminuer les pertes qu'ils subissent, en poursuivant également leur débiteur à l'étranger, il doit par contre prendre les mesures nécessaires pour que les créanciers qui ont été partiellement désintéressés à l'étranger ne viennent réduire le dividende afférent aux créanciers de la masse locale.

Nous n'avons en Suisse aucune disposition expresse relative à la participation des créanciers dans les différentes masses.

La Hollande a édicté diverses dispositions ordonnant le rapport

¹ Voir le chapitre suivant sur les droits de préférence.

à la masse hollandaise des sommes que le créancier a touché en poursuivant son débiteur à l'étranger ¹.

Ces dispositions nous paraissent avoir des avantages et des inconvénients : des avantages, en ce sens que le créancier qui a produit dans la masse étrangère ne peut être admis à participer à la distribution des deniers de la masse locale, qu'après avoir rapporté dans cette dernière ce qu'il a obtenu à l'étranger ; des inconvénients dans la mesure où ces dispositions découragent les créanciers qui ont produit dans la masse locale à poursuivre ultérieurement (après la déclaration de faillite dit l'art. 203) leur débiteur à l'étranger.

Entre les créanciers, nous ne faisons en Suisse aucune distinction de nationalité, mais nous faisons une distinction de for et les solutions que nous avons admises dans la seconde partie de notre chapitre sur le for, résolvent les difficultés provenant de la pluralité de faillites relativement aux productions des créanciers ².

C'est la loi suisse qui détermine les effets de la faillite sur les créances produites en Suisse, sous réserve de ce qui est dit à notre chapitre sur les effets en Suisse du jugement de faillite étranger. Pour éviter des répétitions, nous nous référons à ce chapitre en ce qui concerne les effets de la faillite quant au contrat.

La compensation, mode d'extinction d'obligation, est déterminée

¹ Faillissementwet art. 203. Les créanciers qui, après la déclaration de faillite ont obtenu le paiement total ou partiel de leurs créances par le moyen d'une exécution séparée sur les biens situés à l'étranger, appartenant à celui dont la faillite a été déclarée dans les Pays-Bas et sur lesquels ces créanciers n'ont aucun privilège, sont obligés d'indemniser la masse de ce qu'ils ont obtenu de cette manière.

Art. 204. Le créancier qui cède à un tiers sa créance contre le débiteur dans le but de permettre à ce tiers de se faire payer séparément ou par privilège sur les biens du débiteur qui se trouvent à l'étranger, est obligé d'indemniser la masse de ce qu'il a obtenu de cette manière. La cession est présumée avoir été faite dans ce but, sauf la preuve du contraire, lorsqu'elle a eu lieu en connaissance du fait que le débiteur avait suspendu ses paiements.

Art. 205. La même obligation d'indemniser la masse incombe à celui qui transporte sa créance ou sa dette à un tiers, en le mettant par ce transport en état d'opposer à l'étranger une compensation non admise par la loi néerlandaise. Le seconde alinéa de l'art. précédent est applicable dans ce cas.

² Cf. cependant notre § sur les actes de défaut de biens étrangers.

par la loi régissant le rapport de droit, mais les restrictions au droit de compenser établies par la loi du pays de la faillite sont applicables à toutes les créances produites à cette faillite. Ces restrictions ont pour but de faire respecter les règles relatives à la distribution des deniers, car par la cession de créances et la compensation, certains créanciers parviennent à se faire désintéresser au détriment des autres créanciers. Les restrictions au droit de compenser, édictées par la loi du pays de la faillite, sont des effets de la faillite applicables à toutes les créances produites à la faillite. Quant aux tribunaux compétents pour connaître des divers litiges résultant de la procédure de faillite, ils sont déterminés par la loi du pays de la faillite.



CHAPITRE VII

Des droits de préférence¹

§ 28. Différentes espèces de droits

1) *Droits contre la masse.*

Certaines personnes ont des créances contre la masse. En réalité, ce sont les biens du failli (dont la masse n'est pas propriétaire — trustee anglais excepté Bankruptcy Act. section 48 —) qui servent à désintéresser les créanciers de la masse. Le véritable débiteur, c'est le failli. Cela ressort avec évidence en cas de faillite laissant un solde actif, mais, comme il est admis par toutes les législations que la masse doit être considérée, pour des raisons pratiques, comme une personne distincte du failli, nous ne discuterons pas la question de la nature juridique de la masse et nous conserverons cette distinction entre masse et failli. Les créanciers de la masse quels qu'ils soient sont payés avant toute répartition et le solde est alors dévolu aux créanciers du failli.

2) *Droits de revendication.*

Certaines personnes jouissent d'un droit de revendication — Aussonderungsrecht — droit de retirer ce qui leur appartient du patrimoine du débiteur. Ce sont des biens qui ont été remis au débiteur à différents titres : dépôts, louage, prêt à usage, vente avec réserve de propriété, etc. Ces droits portent donc sur des biens qui n'appartiennent pas au failli. On ne peut donc parler ici de droits

¹ Perrier : les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé. Meili § 19, 40, 43, 44, 45, 46, 47 et 48; von Bar II 578. Lyon Caen et Renault VIII N° 1287.

de préférence, car ces derniers sont des droits qui s'exercent, soit sur les biens du débiteur, soit sur le produit de leur réalisation. La faillite n'affecte pas l'existence de ces droits de revendication.¹

3) Créances instituées en charges foncières.

Certaines personnes ont des créances dont le débiteur n'est pas le failli : ainsi la lettre de rente, telle qu'elle est prévue aux art. 847 et suiv. C. C. S., créances instituées en charges foncières et exclusives de toute obligation personnelle. De telles créances ne concernent pas le débiteur et ne sont pas affectées par sa faillite.

4) Les créances contre le failli.

Toutes les autres créances contre le failli peuvent se diviser en deux grandes classes (art. 219 L. P.) :

I. Les créances garanties.

II. Les créances non garanties.

Les créances non garanties se divisent elles-mêmes en :

I. Créances privilégiées.

II. Créances non privilégiées.

I. Créances garanties

§ 29. Caractère du droit de garantie

Il ne s'agit pas ici de garantie personnelle (cautionnement, portefort, etc.), mais uniquement du droit pour le créancier de s'emparer de la chose qui lui sert de garantie, de la faire réaliser et de se faire payer sur le produit de la réalisation. Le créancier a donc un pouvoir absolu, opposable *erga omnes* et direct sur la chose. Ce droit a donc un caractère réel².

Il a aussi un caractère accessoire. Le droit de garantie suppose

¹ Sur la revendication cf. § 39 et 40 ci-dessous.

² Perrier p. 45.

toujours une créance qui peut avoir diverses sources (contrat, loi, droit des obligations, droit de famille, droit de succession). Ce droit accessoire peut naître directement du droit principal, mais, dans certains cas, un acte juridique spécial est nécessaire. Cet acte peut être unilatéral ou bilatéral.

Le droit de garantie est également conditionnel. La condition nécessaire à l'exercice du droit de garantie est le non paiement de la dette à l'échéance. Ce droit s'exerce en dehors de toute faillite, comme en cas de faillite. Cette dernière n'est pas la condition qui modalise le droit, mais elle peut provoquer la survenance de la condition en rendant la créance exigible.

La garantie étant un droit accessoire ne peut être prise en considération que si le droit principal est valable selon la loi qui lui est applicable et si l'exécution de l'obligation qui en résulte peut être poursuivie en Suisse. L'examen de la loi applicable à chaque créance dépasse le cadre de ce travail. Nous ne pouvons pas non plus nous attarder aux restrictions à l'exercice en Suisse d'un droit conféré par une législation étrangère ou à l'exécution en Suisse des jugements étrangers.

Nous nous bornerons à constater qu'en raison de son caractère accessoire, le droit de garantie ne peut être exercé en Suisse que dans la mesure où le droit principal peut l'être également.

A La garantie naît directement du droit principal

§ 30. Garantie légale

L'attribution du droit accessoire au droit principal a lieu dans ce cas *ex lege*. La loi régissant le droit principal sera seule compétente pour déterminer l'attribution à ce droit d'un droit accessoire de garantie ¹.

¹ C'est pour cette raison qu'il a été jugé en France (Clunet 1928 p. 224) que la femme suisse ne peut avoir d'hypothèque légale sur les biens de son mari, sis en France.

Elle déterminera également quelle condition modalise le droit accessoire.

Le droit de garantie étant un droit réel qui donne un pouvoir direct à son bénéficiaire sur une chose, la loi de la situation, si elle ne détermine jamais comme telle, l'attribution du droit accessoire au droit principal ni l'étendue du droit accessoire, règle cependant l'exercice de ce dernier. Outre certaines conditions de forme nécessaires à la constitution du droit qu'elle peut prescrire (*locus regit actum*), elle peut exiger certaines conditions de forme nécessaires à l'exercice de ce droit. Quant à l'exercice lui-même, elle peut s'opposer à l'appropriation d'une chose par le créancier et exiger qu'il soit procédé à la réalisation (pacte comissoire ¹). Il ne faut pas confondre le droit de garantie qui porte sur les biens du débiteur avec le droit de revendication qui porte sur des biens appartenant au revendiquant.

L'ordre public de l'Etat de la situation s'opposera également à l'exercice d'un droit de garantie reconnu par sa propre législation, mais portant sur un bien que cette dernière déclare non susceptible de réalisation forcée ². En résumé, dans une faillite ouverte en Suisse, le droit de garantie accordé par une loi étrangère sera reconnu si les conditions suivantes sont réalisées :

1^o si l'exécution de l'obligation principale peut être poursuivie en Suisse,

2^o si la loi suisse attribue également le droit de garantie au droit principal,

3^o si les conditions de forme exigées par la loi suisse pour la constitution du droit sont réalisées ³,

4^o si les conditions de forme exigées par la loi suisse pour l'exercice du droit sont réalisées ⁴,

¹ Ainsi en Suisse, art. 816 al. 2 et 894 C. C. S.

² L. P. 92 et 93 C. C. S. 896.

³ Cf. en partic. C. C. S. 793 al. 2 799 avec exception à cet art., 808 al. 3, 810 al. 2, 819, 799, 884 al. 1 et 2 avec exception à cet art. 805, 885, 886, 899 et suiv., 902, 916.

⁴ Cf. p. ex. 273 al. 2, 274 al. 2 C. O. 898 C. C. S.

5^o si, à teneur de la loi suisse, les biens sur lesquels porte la garantie sont susceptibles de réalisation forcée.

Les actes accomplis en vertu de droits valables en dehors de la faillite subsistent lorsque la faillite a été déclarée, sous réserve des dispositions relatives à l'action révocatoire.

Voici quelques exemples et cas spéciaux :

1. Un contrat d'entreprise a été conclu entre un débiteur domicilié en Suisse et une compagnie étrangère pour la construction d'une série d'immeubles en Suisse et à l'étranger. Les parties conviennent de faire régir leur contrat par le droit étranger :

a) Le droit étranger connaît l'hypothèque légale de l'entrepreneur valable sans inscription. Si l'entrepreneur ne fait pas inscrire son hypothèque, conformément à l'art. 839 C. C. S. il n'aura aucun droit de garantie dans la faillite en Suisse ;

b) Le droit étranger ne connaît pas l'hypothèque légale de l'entrepreneur. Puisque c'est la loi régissant le droit principal qui attribue le droit accessoire, l'entrepreneur dont les droits sont régis par une loi qui ne connaît pas l'hypothèque légale, ne pourra jamais, selon nous, requérir en Suisse que l'inscription d'une hypothèque conventionnelle établie conformément à l'art. 799 C. C. S. Nous ne croyons pas que l'attribution au droit principal d'un droit accessoire consistant en une hypothèque relève de la loi suisse à teneur de l'art. 28 ch. 1 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

Il est cependant possible, que l'entrepreneur obtienne indûment l'inscription de l'hypothèque légale sur simple présentation de la reconnaissance de la dette par le propriétaire ¹. Les effets de l'inscription seront régis par la loi suisse et l'entrepreneur ne pourra invoquer l'inscription, ses droits étant régis par l'art. 974 C. C. S.

¹ 839 al. 3 C. C. S.

qui prévoit que l'inscription ne peut être invoquée par celui qui a connu ou aurait dû connaître les vices de l'inscription ¹.

2. Un débiteur à l'étranger emporte clandestinement ses meubles en Suisse.

Si le droit étranger ne reconnaît pas le droit de rétention du bailleur, ce dernier n'a évidemment aucune garantie. Dans le cas contraire, quelle sera la situation du bailleur?

La réintégration à l'étranger par la force publique suisse n'est plus possible. Cependant, le bailleur se conformera aux conditions de forme exigées par la loi suisse pour l'exercice de son droit. C'est-à-dire que dans les 10 jours prévus à l'art. 274 C. O., pendant lesquels son droit de rétention est encore valable, il requerra l'Office de le protéger provisoirement, conformément à 283 L. P. Il n'est pas indispensable d'opérer un séquestre. Les mesures prévues à l'art. 283 L. P., notamment l'inventaire, y suppléent. Le bailleur introduira ensuite la poursuite en réalisation de gage dans le délai assigné par l'Office.

L'étendue du droit de garantie étant fixée par la loi étrangère, c'est cette dernière qui déterminera pour quel loyer le bailleur est garanti.

3. L'hypothèque légale de la femme mariée et des mineurs.

Ces hypothèques ne peuvent être reconnues en Suisse :

1) parce que le droit suisse ignore l'attribution d'hypothèques légales à ces créanciers ;

2) parce que les dispositions impératives de l'art. 19 al. 2 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour soumettent les droits de la femme vis-à-vis des créanciers du mari à la loi suisse ;

3) parce que les art. 7 al. 2 et 10 (auxquels ne porte pas atteinte

¹ L'art. 973 C. C. S. est inapplicable à l'entrepreneur de bonne foi, car il n'a pas acquis son hypothèque en se fondant sur une inscription existant antérieurement au R. F., mais par l'inscription indue de l'hypothèque.

l'art. 33) de la même loi de 1891, soumettent également à la loi suisse les droits des mineurs envers les détenteurs de la puissance paternelle ou tutélaire.

B. La garantie ne naît pas directement du droit principal

Nous reprenons ici les différentes sources des droits accessoires établies par Perrier ¹.

§ 31. Garantie conventionnelle

C'est le cas le plus fréquent, comprenant le droit de gage conventionnel mobilier et immobilier, hypothèque, cédule hypothécaire, lettre de rente successorale, nantissement.

Quoique le rapport entre droit principal et droit accessoire ne soit plus direct, il n'en est pas moins nécessaire pour que le droit accessoire soit valable que l'exécution de l'obligation principale puisse être poursuivie en Suisse. Ainsi, une dette de jeu, soumise au droit étranger ² et valable selon la loi qui lui est applicable, ne pourra être valablement garantie en Suisse.

La loi applicable au fond d'une convention est, selon le principe généralement admis en droit international, la loi choisie par les parties. Cette loi peut donc être différente de celle qui régit le droit principal.

Concernant l'attribution du droit de garantie, différents conflits peuvent surgir.

1) La loi régissant le droit principal n'autorise pas la constitution d'une garantie en faveur de la créance. Mais, la loi régissant la convention et la loi de la situation l'autorisent.

Les dispositions légales d'un Etat interdisant la constitution de garanties en faveur de certaines créances (donations par exemple) sont d'ordre public interne et non d'ordre public international.

¹ P. 140 et suiv.

² Art. 1966, Code civil français, par exemple.

Elles ne se rapportent qu'aux garanties portant sur des biens sis sur le territoire de cet Etat. Ce n'est donc que comme loi de situation qu'elle peut s'opposer à l'exercice de ces droits. C'est la loi régissant le droit accessoire qui est compétente pour statuer sur la faculté d'attribuer une garantie à un droit.

La loi régissant le droit principal n'intervient donc pas pour l'attribution du droit accessoire au droit principal ¹.

2) La loi régissant la convention n'autorise pas la constitution de garantie. Il va de soi qu'une convention attribuant un droit accessoire régie par une loi qui interdit cette attribution est nulle.

3) La loi de la situation interdit cette constitution de garantie. Ce que nous avons dit sous chiffre 1 s'applique ici. Ce sont des dispositions d'ordre public interne qui n'influent pas sur l'existence du droit, mais en paralysent l'exercice dans l'Etat de la situation.

Concernant les conditions de forme de la convention, le principe *locus regit actum* est évidemment applicable sous réserve des dispositions d'ordre public de la *lex rei sitae* ².

Les conditions de forme relatives à l'exercice du droit sont réglées par la loi de la situation ³.

L'ordre public de l'Etat de la situation s'oppose également à l'exécution d'un droit de garantie sur des biens que la *lex rei sitae* déclare non susceptibles de réalisation forcée ⁴.

Les conflits les plus fréquents en matière de garantie conventionnelle sont ceux qui résultent du fait que certaines législations admettent la constitution de gage sans nantissement ou encore autorisent le contrat de gage général tandis que d'autres législations exigent le nantissement et le contrat de gage spécial.

Dans une faillite ouverte en Suisse, la loi suisse intervient comme

¹ Dans ce sens Perrier p. 147.

² Acte authentique devant notaire habile pour tous actes relatifs à la propriété foncière, inscription au registre foncier, au registre de l'engagement du bétail, etc., nantissement (cf. C. C. S. 884 al. 1 et 3).

³ Cf. C. C. S. 816 et 817, 891 et suiv., 897 et suiv., etc.

⁴ L. P. 92 et 93 C. C. S. 896.

lex rei sitae, puisqu'en l'absence de traité rentrent seuls dans la masse les biens se trouvant en Suisse, et un droit de gage sans nantissement ne sera valable que pour autant qu'il est autorisé expressément par la loi suisse ¹, les dispositions de l'art. 884 al. 1 et 3 C. C. S. étant d'ordre public.

Comme il ne peut y avoir nantissement que d'objets déterminés, le contrat de gage général en matière mobilière ne saurait être admis. En matière immobilière, les formalités d'inscription exigent la spécialisation. Le gage général immobilier n'est donc pas valable en Suisse.

§ 32. Garantie provenant d'un jugement

Nous ne pouvons examiner ici toute la question de la reconnaissance et de l'exécution en Suisse des jugements étrangers et en particulier la question de l'exequatur ².

Un jugement peut être déclaratif, constitutif ou extinctif de droits réels. Cependant, en Suisse, le jugement constitutif ne peut concerner que le droit de propriété ³. L'hypothèque judiciaire, comme aussi la constitution par jugement d'un droit de gage mobilier ou immobilier au profit d'un créancier, ne sont pas possibles ⁴. Le jugement qui statue sur le droit d'une personne à l'hypothèque légale n'est pas non plus constitutif d'hypothèque.

Il est évident que c'est pour des raisons d'ordre public que le législateur suisse a exigé l'observation des conditions prévues aux art. 799 et suiv. et 884 et s. C. C. S., pour la naissance des droits réels, et a rejeté le jugement constitutif de ces droits. De même, en

¹ Cf. C. C. S. 805, 885, 886, 899 et suiv., 902, 916. Même principe en France : un gage sur les meubles situés en France qui n'a pas été constitué régulièrement eu égard à la loi française est inefficace. Trib. civil Seine 2 avril 1903, Clunet 1907 p. 136.

² Cf. à ce sujet Petitpierre : La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse. Thèse Neuchâtel.

³ Cf. art. 656 al. 2 C. C. S.

⁴ Cf. Wieland, Droits réels ad. art. 799 rem. 2 et ad. art. 884 rem. 2 litt. C.

matière mobilière, nous ne connaissons pas en Suisse le jugement constitutif de sûretés, mais uniquement le jugement ordonnant au défendeur de constituer des sûretés.

Dans ces conditions, un jugement étranger constitutif de droits réels ne pourra avoir, selon nous, d'autres effets en Suisse qu'un jugement déclaratif.

L'inscription en matière immobilière et le nantissement en matière mobilière seront donc nécessaires pour garantir la créance.

§ 33. Garantie provenant d'un séquestre ou d'une saisie

Comme le principe de la territorialité de la faillite prévaut en Suisse, le droit de gage que peut conférer la législation étrangère au créancier séquestrant ne porte jamais que sur des biens qui ne rentrent pas dans la masse suisse.

Toutefois, un conflit peut surgir lorsque le séquestre porte sur une créance.

1) Le failli dont la créance a été saisie est en Suisse et le débiteur de la créance saisie est à l'étranger.

La créance a été saisie en Suisse au domicile du créancier (le failli) ; elle a été l'objet d'un séquestre au domicile du débiteur à l'étranger.

Nous ne pouvons examiner ici la question de la validité du séquestre opéré au domicile du débiteur à l'étranger lorsque celui-ci a été avisé par l'office des faillites suisse qu'il ne pouvait dorénavant s'acquitter valablement qu'en mains de l'office. C'est une question de droit étranger. Admettons que le séquestre soit valable, soit qu'il ait été opéré avant l'avis de l'office ou que le débiteur soit domicilié en Allemagne où il n'est pas possible de l'aviser conformément à 99 L. P.¹.

¹ Circulaire du T. F. du 13 juillet 1926 J. d. T. 1926 Pp. 127.

Prenons le cas du débiteur domicilié en Allemagne. Selon le § 804 D. Z. P. O., le séquestre confère au créancier séquestrant le même droit sur les biens séquestrés que le gage conventionnel et selon le § 23 D. Z. P. O. les créances sont censées se trouver au lieu du domicile du débiteur.

La créance se trouve donc saisie à deux endroits. Laquelle de ces deux saisies prévaudra? Les deux étant valables également, nous avons un conflit irréductible. Celle qui aura la préférence sera celle qui aura la maîtrise effective sur le bien. La saisie au domicile du débiteur repose sur une fiction. Une créance ne constitue un actif qu'au domicile du créancier¹. Cependant lorsque le débiteur s'exécute ou plutôt lorsque le débiteur veut s'exécuter, car l'exécution selon 74 ch. 1. C. O. a lieu au domicile du créancier, la saisie au domicile du débiteur porte non pas réellement sur l'actif du créancier puisqu'il n'y a pas encore eu exécution, mais sur ce qui deviendrait l'actif si l'exécution avait lieu ; pratiquement cela revient au même pour le créancier saisissant. Ensuite d'une fiction, c'est ce dernier qui aura la préférence sur le créancier saisissant au domicile du créancier. Quant à la question de savoir si le débiteur à l'étranger se trouve libéré à l'égard de son créancier en Suisse, elle n'a pas été résolue ici.

Il nous suffit de constater que dans le cas particulier, la saisie faite au domicile du débiteur tient en échec celle qui a été faite au domicile du créancier, mais uniquement parce que, par la première il a été possible de mettre la main sur les biens qui devaient faire partie de l'autre saisie. Ainsi, lorsque le débiteur en Allemagne a payé en Suisse ou s'il est en Suisse au moment de l'échéance, il n'y aura absolument pas à tenir compte de la saisie opérée en Allemagne, saisie qui, du reste, ne porte pas réellement sur un actif.

Lorsque la saisie opérée en Allemagne a eu pour effet de rendre

¹ Cf. § 17 ci-dessus sur les biens saisissables.

inopérante la saisie faite en Suisse, donc de léser la masse, le créancier bénéficiaire de la saisie allemande peut-il encore faire valoir dans la masse suisse des droits pour le découvert ?

A supposer que le for suisse soit pour sa créance le for logique et principal, le créancier a évidemment le droit de produire sa créance. Cependant, ce qu'il a touché du fait de la saisie en Allemagne provient de la réalisation de biens qui devaient rentrer dans la masse et dont celle-ci a été lésée du fait que la saisie régulière opérée en Suisse a été inopérante. De plus, cette saisie en Allemagne a été faite en vertu des lois de procédure allemande qui ne peuvent avoir théoriquement aucun effet extraterritorial. Ce que le créancier bénéficiaire de la saisie allemande a touché doit donc être ajouté à l'actif de la masse. C'est sur cet actif total que doit être calculé le dividende afférent à chaque créancier et le montant qu'a déjà reçu le créancier bénéficiaire de la saisie, devant être considéré comme payé par la masse, sera déduit du montant total afférent à sa créance et la différence seule lui sera payée.

Le T. F. a donné à cette question une solution que nous ne pouvons approuver ¹. Il a jugé « que le gage soit en Suisse ou à l'étranger, ce fait est dénué de toute importance pour la fixation de la quotité du dividende total. En effet, même si le gage ne peut être réalisé dans la faillite suisse parce qu'il n'est pas tombé dans cette faillite, il n'en fait pas moins, en principe, partie de la masse suisse (art. 27 Ord. féd.) et la situation est la même que si le créancier avait été colloqué pour l'intégralité de sa créance au nombre des créanciers gagistes ; en effet, même dans ce cas, il aurait été désintéressé par préférence sur le produit du gage et n'aurait été renvoyé en 5^{me} classe que pour le découvert ».

Ainsi le T. F. admet qu'un créancier puisse se faire payer par préférence sur des biens qui devaient rentrer dans la masse suisse

¹ A. T. F. 42 III p. 471 J. d. T. 1917 Pp. 38.

et que le créancier produise encore sa créance à la faillite pour le découvert. Cet arrêté nous paraît manifestement erroné. Nous avons vu qu'en Hollande ¹, la loi sur la faillite stipule que les créanciers doivent faire rapport à la masse hollandaise des sommes qu'ils ont obtenues par l'exécution forcée séparée sur les biens du débiteur à l'étranger, même si ces biens ne devaient pas rentrer dans la masse hollandaise. Il nous paraît que l'obligation de rapporter à une masse s'impose lorsque les biens sur lesquels le créancier s'est fait payer devaient rentrer dans la masse, à teneur de la loi de la faillite.

Autre est la situation lorsque le droit conféré par la législation étrangère porte sur des biens qui ne rentreraient pas dans la masse suisse. Il n'y a du reste dans ce cas aucun conflit possible.

2) Créance saisie en Suisse au domicile du débiteur et à l'étranger, au domicile du créancier

La faillite est donc ouverte en Suisse, mais le failli est à l'étranger. Le cas ne présente pas de difficulté en Suisse puisque la saisie au domicile du débiteur quoique irrationnelle, mais pratique, a pour effet de mettre la main sur ce qui, lors de l'exécution par le débiteur deviendra l'actif du créancier. Il n'y a pas à se préoccuper de la saisie étrangère et les biens rentreront dans la masse suisse.

§ 34. Garantie provenant d'un testament

Selon les art. 22 al. 2 et 32 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil, des citoyens établis ou en séjour et 59 titre final C. C. S., on peut par testament soumettre sa succession à la législation du pays d'origine. Certaines législations autorisent le testateur à constituer par testament en garantie d'un legs une hypothèque sur les immeubles qui seront dévolus à l'héritier. En cas de faillite de l'héritier, le légataire pourra-t-il faire valoir son hypothèque ? Il

¹ Cf. § 27 ci-dessus.

n'y a conflit possible qu'entre la loi régissant la succession et la loi de la situation. En Suisse qu'en est-il ? Selon 799 C. C. S. l'hypothèque ne peut exister que par l'inscription. C'est une disposition d'ordre public à laquelle devra se soumettre le légataire. Mais comment le légataire devra-t-il procéder pour obtenir cette inscription ? Selon 963 C. C. S., l'inscription s'opère sur déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble. Ce qu'il y a de contrariant pour le légataire, c'est que le testateur, propriétaire au moment où il a fait sa déclaration écrite (ici le testament) ne l'est plus au moment de la réquisition d'inscription, la propriété ayant passé à l'héritier. Néanmoins, le testament devra être considéré comme déclaration écrite du propriétaire et suffira pour l'inscription.

II. Les créances privilégiées

§ 35. Généralités

La répartition en classes est uniquement une question de procédure, les créanciers n'ayant en effet aucun droit réel. Nous ne pouvons admettre la thèse de Perrier¹ que ces droits sont quasi réels puisque les créanciers ont le droit de se payer sur le prix des biens, ce qui revient au même que si le droit porte sur le bien lui-même. Or, tous les créanciers ont le droit de provoquer la réalisation forcée des biens et la répartition du produit. Les créanciers privilégiés peuvent paralyser l'exercice des droits d'autres créanciers, mais leurs droits ne s'exercent jamais sur la chose. Ils n'ont en particulier jamais le droit de suite.

La question des droits préférentiels de ce genre est uniquement une question de procédure de répartition. Or, toute question de procédure est réglée par la loi de la faillite. L'Etat de la faillite peut ordonner la répartition au marc le franc à tous les créanciers, ou le

¹ P. 74.

paiement par préférence aux créanciers qui ont produit dans un certain délai (saisie) ou à certains créanciers déterminés (faillite), que les créances non garanties soient régies par la loi locale ou la loi étrangère.

Dans une faillite ouverte en Suisse, ne seront donc considérées comme créances privilégiées que celles qui sont reconnues comme telles par la loi suisse et leur rang sera déterminé par la loi suisse ¹.

En résumé, l'art. 219 L. P. (1^{re}, 2^{me}, 3^{me}, 4^{me}, 5^{me} classe) fait règle et toute créance admise à la masse doit être colloquée au rang qui lui est attribué par cet article.

§ 36. Femme étrangère

Il faut distinguer entre l'admissibilité de la créance et l'admissibilité du privilège. Cependant si une créance est admise, elle ne peut être colloquée que dans la classe qui lui est affectée par l'art. 219 L. P. Quoique strictement la question des privilèges de la femme et des créanciers rentre dans le chapitre relatif au for puisqu'il s'agit là avant tout de l'admissibilité de la créance, nous en dirons néanmoins quelques mots ici.

Des art. 19 al. 2 et 32 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, il résulte que l'art. 219 L. P. n'est applicable à la créance de la femme que lorsque les époux sont domiciliés en Suisse ².

Le Tribunal fédéral a admis ³ que la participation de la femme à la saisie n'est possible que si la poursuite contre le débiteur a lieu à son for général de poursuite (domicile) ou alors si la saisie pratiquée

¹ Même solution : France. Trib. civ. Tunis 18 novembre 1886, Clunet 1889 p. 295 ; Allemagne, Trib. sup. com. Leipzig 28 juin 1872, Clunet 1874 p. 33. Idem Oberlandsgericht Darmstadt 3 novembre 1885, Clunet 1888, p. 109 ; Hollande, Haute Cour des Pays-Bas, 15 juin 1917, Clunet 1921 p. 278 ; Etats Unis, Clunet 1876 p. 131.

² Cf. art. 4 al. 1 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil.

³ A. T. F. 36 I 152 J. d. T. 1911 Pp. 242, A. T. F. 31 mars 1927 J. d. T. 1927 Pp. 111.

au for du séquestre par exemple peut être complétée au domicile du débiteur. Si le débiteur a été déclaré en faillite en Suisse, la femme ne pourra faire valoir ses droits que si la faillite a été déclarée au for général de poursuite (domicile du débiteur) ou plutôt si le for général se trouve en Suisse.

En effet, l'admissibilité des dites créances aurait pour effet, lorsque la poursuite a lieu au for du séquestre par exemple, c'est-à-dire lorsqu'elle ne porte que sur une partie des biens du débiteur, de rendre inopérant le séquestre, — la moitié de la créance de la femme étant souvent supérieure à cette portion de biens.

Le débiteur contre lequel un séquestre aurait été opéré n'aurait qu'à requérir lui-même sa faillite conformément à 191 L. P.

Les effets seraient encore plus graves qu'en cas de saisie. C'est donc avec raison que le T. F. a limité la participation de la femme, participation qui aurait eu pour effet de rendre inefficace le séquestre, cette institution particulièrement utile au créancier contre son débiteur domicilié à l'étranger.

La question du régime matrimonial ne joue aucun rôle. En effet, il résulte de l'art. 19 al. 2 de la loi de 1891 que la loi suisse (loi du domicile) est applicable. Donc, à défaut d'inscription dans les registres des régimes matrimoniaux, les époux sont placés sous le régime de l'union des biens¹, à l'égard des tiers, que leur législation nationale, ou celle de leur premier domicile ait ou non stipulé un autre régime.

§ 37. Epoux anglais

Un cas tout particulier est celui des époux anglais. Bien qu'il s'agisse de tout le contraire d'un privilège, nous examinerons cependant cette question puisqu'elle se rapporte aux créances des époux et que nous venons de discuter des droits de la femme dans la faillite de son mari.

¹ Art. 178 C. C. S.

La section 36 Bankruptcy Act est la suivante : ¹

« Postposition des créances du mari et de la femme.

« 1) Si une femme mariée a été déclarée en faillite, son mari n'est
» n'est pas légitimé à réclamer aucun dividende comme créancier
» pour tout argent ou autre bien prêté ou confié par lui à sa femme
» pour son commerce ou ses affaires tant que toutes les prétentions
» des autres créanciers de sa femme n'ont pas été régulièrement
» payées.

« 2) Si le mari a été déclaré en faillite, tout argent ou autre bien
» que sa femme lui a prêté ou confié pour son commerce ou ses affaires
» ou pour autre chose, doit être traité comme masse active et la femme
» n'est pas légitimée à réclamer aucun dividende comme créancière
» pour cet argent ou ces biens tant que toutes les prétentions des
» autres créanciers de son mari n'ont pas été régulièrement payées. »

La femme anglaise ou plutôt la femme domiciliée en Angleterre n'a donc aucun privilège.

De plus, les sommes qu'elle peut avoir versées à son mari constituent une certaine garantie pour les créanciers de ce dernier.

De même, les fonds avancés par son mari à la femme commerçante constituent une garantie pour les créanciers de cette dernière.

I. Droits du conjoint du failli.

L'art. 19 al. 2 de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit

¹ Postponement of husband's and Wife's claims.

When a married woman has been adjudged bankrupt, her husband shall not be entitled to claim any dividend as a creditor in respect of any money or other estate lent or entrusted by him to his wife for the purposes of her trade or business until all claims of the other creditors of his wife for valuable consideration in money or money's worth have been satisfied.

When the husband of a married woman has been adjudged bankrupt, any money or other estate of such woman lent or entrusted by her to her husband for the purpose of any trade or business carried on by him or otherwise, shall be treated as assets of his estate, and the wife shall not be entitled to claim any dividend as a creditor in respect of any such money or other estate until all claims of the other creditors of her husband for valuable consideration in money or money's worth have been satisfied.

civil est formel. La loi du domicile fait seule règle, tant pour les droits du mari que pour les droits de la femme.

Les droits de la femme seront donc établis comme nous l'avons vu au § 36 ci-dessus. La créance du mari sera colloquée en 5^{me} classe avec les autres créances non privilégiées.

II. *Droits des créanciers.*

Les époux étaient domiciliés en Angleterre. Certains créanciers ont fait des avances de fonds au mari en considération de la somme qui avait été prêtée au mari par sa femme, somme qui constituait pour eux une garantie en cas de faillite. Les époux emportant tous leurs biens viennent s'établir en Suisse où la faillite du mari est déclarée.

Au lieu de faire partie de l'actif (as assets of his estate) et d'être affectés au paiement des autres créanciers, les biens de la femme sont, soit repris en nature, soit réalisés. Dans ce dernier cas, la moitié de la créance de la femme lui est payée et pour l'autre moitié, elle participe à la distribution au même titre que les autres créanciers.

Les droits de la femme dans la faillite du mari sont formellement reconnus par l'art. 19 al. 2 de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil. Est-ce à dire que, si les droits de la femme dans la masse sont formels, les créanciers n'ont aucun droit contre la femme ? Non, mais pour que la femme puisse être recherchée, il est nécessaire qu'elle ait déployé une activité puisque c'est contre elle personnellement et non sur ses biens que les créanciers peuvent éventuellement avoir des droits. Si une femme a déterminé un tiers à devenir créancier de son mari en alléguant qu'elle-même a prêté à son mari une certaine somme qui peut paraître au tiers comme une garantie suffisante pour sa créance, il y aura lieu de faire application selon les cas, soit des règles du porte-fort, soit des règles concernant les actes illicites lorsque la femme savait que cette garantie tomberait par leur changement de domicile et que le changement a été préci-

sément fait dans l'intention de procurer à la femme les avantages qu'elle n'aurait pas obtenus sans cela. Dans ce cas, le seul changement de domicile constitue un acte illicite. Quoique légalement le domicile de la femme mariée soit à celui de son mari, et qu'il soit donc en général impossible à la femme d'avoir un autre domicile, on présume, a cependant, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'il est établi que le mari a voulu le changement pour avantager sa femme, qu'elle a consenti au changement de domicile et sa responsabilité sera de ce fait engagée. Elle sera donc responsable du dommage occasionné aux créanciers par la perte de la garantie jusqu'à concurrence du montant qu'elle a touché dans la faillite de son mari.

Il en sera de même lorsque c'est la femme qui est déclarée en faillite.

Donc en résumé :

1^o Aucun droit spécial des créanciers dans la masse.

2^o Mais responsabilité du conjoint du failli jusqu'à concurrence du dividende qu'il a touché pour le dommage occasionné au créancier.

a) En vertu des règles du porte-fort lorsqu'il a déterminé un tiers à devenir créancier du failli en déclarant qu'il a prêté telle ou telle somme ; lorsque la somme indiquée est différente de celle qui a été prêtée, c'est la somme indiquée qui sert de base au calcul ;

b) en vertu des règles concernant les actes illicites lorsque le changement de domicile a été fait dans l'intention de procurer au conjoint un avantage au détriment des créanciers.

Ce qui a été dit dans ce § n'est pas applicable seulement aux époux anglais, mais concerne tous les cas où un débiteur de connivence avec certains de ses créanciers vient s'établir en Suisse dans l'intention de favoriser ces derniers au détriment des autres.

§ 38. Mineur étranger

Comme au § 36, distinguons ici l'admissibilité de la créance de l'admissibilité du privilège ¹.

¹ Cf. § 36 et A. T. F. 36 I 152 J. d. T. 1911 Pp. 242, concernant l'admissibilité de la créance.

Il n'y a du reste pas un régime spécial à l'égard de tout mineur établi en Suisse puisqu'à teneur de l'art. 10 de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil, la tutelle est régie par la loi du domicile de la personne mise sous tutelle, mais uniquement à l'égard du mineur dont la tutelle a été remise conformément à l'art. 33 de la loi susmentionnée à l'autorité compétente du lieu d'origine. Ce renvoi à « l'autorité » du pays d'origine constitue, selon les principes généralement admis, un renvoi à la loi nationale du pupille, sous réserve des règles d'ordre public de la loi de situation en matière immobilière. L'art. 7 al. 2 de la loi précitée déclare du reste : les droits des mineurs envers les détenteurs de la puissance paternelle ou tutélaire sont déterminés par la loi qui fait règle pour la puissance paternelle ou pour la tutelle.

Ce régime s'applique également aux mineurs dont la tutelle est régie par la convention de la Haye du 12 juin 1902. La loi nationale déterminera quelles sont les garanties accordées au pupille. On ne peut entendre par garantie que les droits réels sur les biens du tuteur. Lorsqu'il s'agit de droits réels immobiliers, les règles d'ordre public de la loi de la situation pour la constitution de ces droits devront être respectées. Ainsi l'hypothèque légale devra être spéciale et inscrite. Elle ne devra pas porter préjudice aux autres créanciers hypothécaires quant à leurs droits acquis avant l'inscription de l'hypothèque légale. Le système des cases fixes subsiste également.

Les privilèges dans la faillite que peut stipuler la loi nationale ne sont pas des droits du mineur envers le tuteur, mais envers la masse. Ils ne concernent pas le tuteur, mais les autres créanciers. L'art. 7 al. 2 de la loi de 1891 n'est donc pas applicable, C'est la loi suisse qui déterminera le rang de la créance du pupille. La créance sera donc colloquée en 2^{me} classe conformément à l'art. 219 L. P.



CHAPITRE VIII

De la revendication et de l'action paulienne

Par revendication ¹, nous entendons l'action d'un tiers tendant à la délivrance d'objets qui se trouvent dans la masse — Aussonderung. Nous ne comprenons pas par revendication l'action du créancier tendant à la réalisation d'un objet de la masse et au paiement par préférence sur le produit de cette réalisation. — Absonderung ².

§ 39. Revendication du propriétaire ³

Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens au profit de la masse. Mais le droit de disposition ainsi conféré à la masse, ne peut s'étendre qu'aux biens du débiteur. Pour savoir si la masse peut réaliser les biens qui se trouvent en la possession du débiteur, il s'agit de savoir qui a le droit de disposer de ces objets (débiteur ou tiers) et quelle est l'étendue de ce droit. Lorsque des biens auront été remis au débiteur par des tiers, il s'agira de savoir à quel titre. On ne le saura que par l'examen du rapport de droit entre tiers et débiteur, examen qui se fera naturellement au regard de la loi applicable au dit rapport de droit. C'est cette loi qui déterminera

¹ Sur la revendication cf. Meili § 50, 52 von Bar II 579 Kohler Lehrbuch 652 Leitfaden 323 Lyon Caen et Renault VIII N° 1289 Jäger ad. art. 107 et suiv. 201 et suiv. L. P.

² Concernant les droits de ce créancier, cf. § 29 et suiv. sur les créances garanties.

³ Concernant la notification cf. § 20 et A. T. F. 8 mai 1918 J. d. T. 1918 Pp. 98. Concernant les délais pour informer l'office de la revendication et pour introduire action cf. § 22 et A. T. F. 27 septembre 1911. J. d. T. 1912 Pp. 98 et A. T. F. 3 octobre 1919 J. d. T. 1919 Pp. 130.

qui est le propriétaire, à quel moment s'est opéré le transfert de propriété et quelle est l'étendue de ce droit de propriété. Comme le droit de revendication dépend du droit de disposition sur l'objet, on ne conçoit pas que le droit de revendiquer soit régi par une autre loi que celle qui détermine qui a le droit de disposition et quelle est l'étendue de ce droit.

Le droit de revendication sera donc déterminé par la loi régissant le rapport de droit entre failli et revendeur.

Cependant la revendication d'objets se trouvant en Suisse, ne peut avoir lieu que dans les limites prescrites par les art. 934 et suiv. C. C. S., dispositions d'ordre public relatives à la revendication des choses perdues et volées.

Quant à la procédure de revendication ¹, elle sera déterminée par la loi suisse. Cependant la question de savoir si le revendeur est possesseur ou non de l'objet, doit être tranchée par la loi applicable au rapport de droit entre débiteur et revendeur. En effet, la question de savoir qui est possesseur de l'objet doit être résolue pour pouvoir déterminer qui doit se porter demandeur dans l'action en revendication ². Le droit pour le mandant d'exiger le transfert des créances, tel qu'il est établi par l'art. 401 C. O. n'est pas un cas spécial. Ce droit est accordé au mandant du fait qu'il est devenu propriétaire de ces créances. Ce qu'il y a de spécial dans le cas particulier c'est le transfert de propriété. Lorsque le rapport de droit entre le failli et le mandant sera régi par un droit étranger ne connaissant pas ce transfert de propriété de notre art. 401 C. O., il est évident que le mandant ne pourra pas exercer ce droit puisqu'il n'est pas propriétaire.

Remarquons que la femme ne peut revendiquer dans la faillite de son mari que les biens dont elle est restée propriétaire ³.

¹ Cf. art. 106 et suiv. 200 et suiv., 242 L. P.

² Cf. art. 107 et 109 L. P.

³ Cf. art. 210 al. 3 C. C. S., 195 al. 1 C. C. S.

§ 40. Cas spéciaux de revendication

Le droit de disposition absolue est la caractéristique du droit de propriété. La loi régissant le rapport de droit ne peut accorder ce droit de disposition sans accorder le droit de propriété. Dès lors, si dans une faillite ce droit de disposition est accordé à un créancier non propriétaire, ce ne peut être qu'une faveur de la loi de la faillite. Le droit de revendication accordé à un créancier non-propriétaire sera donc déterminé uniquement par la loi de la faillite. En réalité, si le créancier n'est pas propriétaire, il ne peut « revendiquer » au sens exact du mot, mais « réclamer » l'objet. Toutefois, comme les effets de cette « réclamation » sont identiques à ceux de la « revendication », nous emploierons néanmoins le terme de « revendication » pour caractériser ce droit du créancier non-propriétaire.

Dans une faillite ouverte en Suisse, ce droit spécial de revendication sera déterminé par la loi suisse, et il ne sera fait aucune distinction de nationalité ou de domicile. Cependant, lorsqu'une des dispositions de la loi suisse, — loi de la faillite — relatives à la revendication apparaîtra comme une conséquence des règles spéciales du droit suisse — régissant le rapport de droit, — en matière de transfert de propriété (comme nous l'avons vu au § précédent pour l'art. 401 C. O.), ces dispositions autorisant la revendication ne seront applicables que lorsque la loi régissant le rapport de droit aura des dispositions semblables sur le transfert de propriété.

1^o Art. 201 L. P. : « Les titres au porteur et valeurs à ordre transférés au failli pour l'encaissement seulement ou comme couverture de paiements à faire spécialement désignés, peuvent être réclamés par l'ayant-droit. »

Nous ne nous occuperons pas de l'art. 201 en tant qu'il parle de la revendication du propriétaire. Nous l'avons vu au § précédent et nous n'y reviendrons pas. Le droit de revendication du propriétaire

existe indépendamment de toute disposition expresse, du simple fait que la masse ne devient pas propriétaire, mais qu'elle acquiert simplement le droit de disposition qu'avait le failli sur certains biens. La masse ne pourra donc pas réaliser des biens dont le failli n'est pas propriétaire à moins que les propriétaires n'abandonnent leurs droits ou ne soient censés les avoir abandonnés (lorsqu'ils ne revendiquent pas)¹.

Pouvons-nous concevoir que la masse agisse comme propriétaire alors que le débiteur ne l'est pas ? Pouvons-nous admettre de la part de la masse une attitude qui, si elle avait été celle du débiteur aurait été réprimée par les dispositions du droit pénal en matière d'abus de confiance ? En vertu du principe que la masse ne devient pas propriétaire des biens du failli, mais possède uniquement sur ces biens le droit de disposition qu'avait précédemment le failli, elle ne peut disposer, comme un propriétaire, des biens dont le failli n'est pas lui-même propriétaire ou réputé être tel.

L'art. 201 ne peut donc être interprété que comme autorisant la revendication de certains objets (limitativement énumérés) qui ont passé dans la propriété du failli. Ce droit de revendication ne porte pas seulement sur le titre lorsqu'il a passé en la propriété du failli, mais encore sur le produit de l'encaissement². Disons en passant que puisque le failli est propriétaire, nous ne voyons pas pourquoi on ferait la distinction entre produit mélangé et produit non mélangé avec l'argent du failli³.

L'art. 201 peut-il être considéré comme un corollaire de l'art. 401 C. O. ? Nous ne le croyons pas. Il n'est en aucun cas une conséquence logique des règles du droit suisse relatives au transfert de propriété puisqu'il constitue une entorse à ces règles. L'art. 201 L. P. assimilant dans certains cas le créancier à un propriétaire n'est

¹ Cf. L. P. art. 107 al. 3, 242 al. 2 in fine.

² Cf. Jäger ad. art. 201 rem. 5.

³ Distinction que fait Jäger ad. art. 201 rem. 4.

pas une disposition de la loi régissant le rapport de droit, mais une disposition de la loi de la faillite. Il sera donc applicable dans toute faillite ouverte en Suisse quelle que soit la loi qui régit le rapport de droit entre failli et revendeur. Il pourra donc être invoqué même lorsque la loi régissant le rapport de droit ne connaît aucune disposition semblable à celle de 401 C. O. Ces deux dispositions étant indépendantes l'une de l'autre, l'application de l'une n'entraîne pas l'application de l'autre. On ne pourra donc prétendre que, puisque 201 L. P. est applicable, 401 C. O. l'est également lorsque la loi régissant le rapport de droit entre failli et revendeur ne connaît pas une disposition semblable.

2^o Art. 202 L. P. « Lorsque le failli a vendu une chose appartenant à autrui et n'en a pas touché le prix avant l'ouverture de la faillite, le propriétaire a le droit d'exiger la cession de la créance contre l'acheteur ou la restitution du prix, s'il a été versé à la masse, le tout contre remboursement de ce qui peut être dû à celle-ci pour la dite chose. »

Le droit conféré par l'art. 202 L. P. est une conséquence du transfert à l'ancien propriétaire de la chose vendue par le failli, de la propriété de la créance contre l'acheteur. Ce droit n'existe en effet que lorsque le prix n'a pas été payé au failli avant l'ouverture de la faillite. Il faut donc qu'au moment où la faillite est déclarée, la créance contre l'acheteur existe encore pour que le créancier se trouve propriétaire de cette créance. L'art. 202 apparaît donc comme un corollaire des principes posés par les art. 401, 425 al. 2 et 32 C. O. Il n'établit pas une règle spéciale, mais détermine l'application d'un principe consacré par la loi régissant le rapport de droit.

Le droit conféré par l'art. 202 ne pourra être invoqué que lorsque la loi régissant le rapport de droit connaît un transfert de propriété semblable à celui que consacrent les art. 32 et suiv., 401, 425, al. 2 C. O.

3^o Art. 203 L. P. « Les choses vendues et expédiées dont le débiteur n'a pas pris possession avant la déclaration de faillite peuvent

être revendiquées par le vendeur, à moins que la masse ne lui en verse le prix.

La revendication ne peut s'exercer, si, avant la publication de la faillite, les choses ont été vendues ou données en gage à un tiers de bonne foi, sur lettre de voiture, connaissance ou lettre de chargement. »

Remarquons d'abord que lorsque le failli (acheteur) a pris possession de l'objet de la vente, le vendeur n'a pas le droit de réclamer l'objet lorsque le prix ne lui a pas été payé, même si la chose ne devait être livrée que contre paiement du prix et même si le vendeur s'était expressément réservé le droit de répéter la chose en cas de non-paiement ¹.

Ceci montre bien que le vendeur ne peut revendiquer l'objet de la vente que si le débiteur n'est pas devenu propriétaire.

L'art. 203 L. P. a sa base dans les règles établies aux art. 83 et 184 C. O. ². La prise de possession est nécessaire pour le transfert de propriété ³, car la vente n'est pas par elle-même dès l'instant de sa perfection translatrice de propriété (contraire du droit français, par exemple). Nous avons donc affaire ici à un droit de revendication du propriétaire, réglé selon les principes généraux établis au § précédent. Il est donc nécessaire d'après nous, pour que l'art. 203 puisse être invoqué que, selon la loi applicable à la vente, le vendeur soit encore propriétaire de l'objet qu'il revendique ⁴. Cependant lorsque la loi régissant le rapport de droit connaît un droit semblable à celui de 203 L. P., nous croyons que ce droit devra être reconnu au créancier, quand bien même le transfert de propriété aurait eu lieu, pourvu qu'il n'y ait pas eu prise de possession. En effet, si le failli est propriétaire, ses droits sur la chose sont déterminés par la loi régissant

¹ Art. 214 al. 3 C. O. et 212 L. P.

² Cf. également 443 C. O.

³ C. C. S. 714.

⁴ Contra Meili § 52 et les auteurs qu'il cite.

le rapport de droit. Or, si cette dernière ne lui permet pas dans le cas particulier de disposer de la chose dont il n'a pas pris possession, nous sommes contraints de nous incliner d'autant plus que l'obligation de livrer ou de ne pas livrer est déterminée par la loi régissant le rapport de droit.

§ 41. L'action paulienne ¹

Il nous paraît superflu de discuter la question de savoir si l'action paulienne est une action délictuelle, quasi délictuelle ou *ex lege*. Il nous suffit de constater qu'elle a pour effet de prononcer la nullité d'actes juridiques qui seraient valables selon la loi applicable au rapport de droit, si la faillite (ou la saisie) n'était pas survenue. Il est indifférent que l'on considère qu'il s'agisse pour le tiers d'un enrichissement devenu illégitime par suite de la déclaration de faillite ou qu'il s'agisse d'un effet rétroactif de la faillite sur le droit du débiteur de disposer de ses biens. Ce qu'il importe de relever, c'est que la loi de la faillite déterminant quels biens doivent rentrer dans la masse, déterminera tout naturellement dans quelle mesure l'action paulienne pourra être exercée ².

Dans une faillite ouverte en Suisse, l'action révocatoire sera donc régie par la loi suisse. Cependant le T. F. a admis ³ : « L'acte vicieux n'est déclaré nul qu'autant qu'il a empêché l'exécution forcée sur les biens en question et que ces biens devaient être soumis aussi à la procédure d'exécution pour payer les créanciers (39 II p. 385 cons. 4). Ce n'est aussi que dans cette mesure qu'a lieu (cf. art. 291) la restitution des biens acquis ensuite d'un acte vicieux ».

Il nous paraît utile avant de choisir une solution d'en examiner les conséquences. Si en vertu du principe de la territorialité de la

¹ Meili § 53 v. Bar II p. 581 et suiv. Jäger ad. art. 285 Lyon Caen et Renault VIII N° 1248 Kohler Lehrbuch 643, 658, Leitfaden 323 et suiv.

² En ce sens, Jäger ad. art. 285 rem. 1 C. et les auteurs qu'il cite. A. T. F. 8 juillet 1915 J. d. T. 1916 p. 354. Autres solutions Meili § 53 von Bar II p. 581-583.

³ A. T. F. 8 juillet 1915 J. d. T. 1916 p. 354.

faillite, on s'en tient strictement à cette règle qu'une masse ne peut intenter l'action révocatoire que dans la mesure où les biens en question devaient rentrer dans la dite masse, on arriverait à ce résultat qu'un débiteur possédant des biens dans différents pays pourrait disposer de tous les biens qu'il possède dans l'un ou l'autre de ces pays au profit de tiers qui ne pourraient être recherchés si le débiteur n'y a aucun for de poursuite (pas de domicile et plus aucun bien pour y opérer un séquestre). En empêchant la formation d'une masse, le débiteur empêche l'ouverture de l'action révocatoire.

Nous devons convenir qu'ici l'application stricte du principe de la territorialité a de sérieux inconvénients.

Par son attitude, le débiteur a porté préjudice, non seulement à la masse, mais encore à tous les créanciers qui auraient pu le poursuivre à l'étranger s'il ne s'était pas dessaisi de ses biens. Or, le fait que les créanciers individuellement n'ont pas vocation pour intenter l'action révocatoire, ne doit pas avoir pour effet de protéger la mauvaise foi.

Soit que l'on considère que la survenance de la faillite ayant rendu illégitime l'enrichissement du tiers a donné de ce fait naissance à une créance au profit de la masse, soit que l'on considère que la masse n'agit pas seulement comme telle, mais encore comme cessionnaire des droits des créanciers frustrés, soit que, si l'on rejette ces deux manières de voir, l'on ne considère que le principe de la protection de la bonne foi qui doit faire règle, on doit admettre l'action révocatoire :

1^o quant aux biens que l'acte attaqué a soustrait à la masse suisse ;

2^o quant aux autres biens du débiteur qui sont à l'étranger lorsque le débiteur ne possède dans le pays où se trouvent ces biens aucun for de poursuite.

La question de savoir si le jugement rendu en Suisse sera exécutoire, est — comme le dit justement le T.F.¹ — une question à part.

¹ A. T. F. 8 juillet 1915 J. d. T. 1916 p. 354.

Lorsque les biens sujets à une action révocatoire ne devaient pas rentrer dans la masse suisse, et lorsque le débiteur a un for de poursuite à l'étranger, le syndic de la faillite peut-il d'après le droit suisse intenter à l'étranger une action paulienne ? A notre avis, une telle mesure n'est pas contraire à la loi et se justifie parfois en raison du fait que certaines législations, non seulement, reconnaissent les pouvoirs du syndic étranger, mais encore se basent sur la date de déclaration de faillite étrangère — lorsque le syndic étranger intente l'action — pour déterminer la période suspecte ¹.

Cependant, nous avons admis ² qu'on peut porter plainte contre la décision du syndic de faire rentrer dans la masse suisse des biens sis à l'étranger. L'action paulienne ne déploiera alors ses effets qu'au profit d'une masse étrangère.

Dès lors, si l'on ne peut porter plainte contre la décision de principe d'intenter l'action, on doit par contre pouvoir se plaindre lorsque la mesure est inopportune. En tous cas, les créanciers qui demanderont qu'une telle action soit intentée devront faire l'avance des frais.

Il est cependant un cas où nous admettons que les biens sis à l'étranger doivent rentrer dans la masse suisse, dans la mesure où le droit étranger le permet ; c'est lorsque des biens compris dans la masse ont été transportés à l'étranger ³.

Si ces biens transportés à l'étranger ont été cédés à des tiers, nous sommes d'avis que le syndic doit pouvoir intenter l'action révocatoire à l'étranger au profit de la masse suisse.

La question se pose de savoir s'il y a possibilité d'action paulienne lorsque le débiteur transporte son domicile de l'étranger en Suisse afin de favoriser certains créanciers qui se trouvent privilégiés par l'art. 219 L. P. alors que d'après la loi de leur ancien domicile, ces

¹ Cf. Cour d'Appel de l'Egée 1929 N° 166, Clunet 1930 p. 803.

² § 26 ci-dessus.

³ Cf. § 17 ci-dessus sur les biens saisissables.

créanciers n'auraient pas eu un tel privilège. Ce cas ne rentre pas strictement dans le cadre de l'art. 288 L. P. et cela d'autant moins que si nous examinons le texte allemand de cet article, il ne s'agit pas simplement d'actes, mais de « *Rechtshandlungen* ». On ne voit pas en outre, lorsque l'acte incriminé est un changement de domicile comment on pourrait prononcer la nullité de cet acte.

Cependant l'art. 289 L. P. donne au juge un grand pouvoir d'appréciation « en tenant compte des circonstances » et nous croyons qu'il faut moins s'attacher à la lettre qu'au sens général de cet article 288 qui est que tout acte accompli *in fraudem creditorum* doit être déclaré nul.

Les droits du créancier privilégié sont, il est vrai, reconnus sans réserve par l'art. 219 L. P. Mais ce n'est pas la première fois que nous voyons en droit international privé que des droits conférés par une loi sont reconnus au bénéficiaire de bonne foi alors qu'ils ne le sont pas à celui qui s'est mis au bénéfice de cette loi pour en éluder une autre ¹.

Comme nous reconnaissons en Suisse ce principe général du droit international, il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer lorsque de connivence avec certains créanciers (la femme du débiteur dans la plupart des cas), le failli sera venu s'établir en Suisse afin que sa faillite soit régie par le droit suisse et que certains créanciers soient privilégiés au détriment des autres.

L'action tendra alors à l'annulation du privilège ; mais dans la mesure seulement où son bénéficiaire touche un dividende supérieur à celui qu'il aurait obtenu si la faillite avait été prononcée à son for antérieur.

¹ Ce principe est du reste consacré en Suisse en matière de mariage par l'art. 7 f de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil : « La validité d'un mariage célébré à l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur est reconnue en Suisse, à moins que les parties ne l'aient conclu à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par la loi suisse. »

Cette solution se justifie d'autant plus qu'il s'agira dans la plupart des cas de la créance de la femme du failli et que ce dernier a tout intérêt à lui faire accorder le plus fort dividende possible puisque fréquemment lui-même en bénéficiera.



CHAPITRE IX

Le concordat¹

§ 42. Quel débiteur peut solliciter un concordat ?

L'art. 293 L. P. ne détermine pas quel débiteur peut solliciter un concordat. Il n'y a donc aucune distinction à faire entre débiteurs soumis à la poursuite par voie de saisie ou à la poursuite par voie de faillite. Cependant, de cet art. 293, il résulte qu'une seule autorité est compétente pour statuer. Cette autorité est celle où se trouve le for général de poursuite en Suisse contre le débiteur. Le débiteur devra donc avoir en Suisse soit le for des art. 46, 47, 48, 49 soit celui de 50 al. 1 L. P.². Lorsque le débiteur n'a en Suisse qu'un for spécial de poursuite (élection de domicile, séquestre), il ne pourra pas demander un concordat.

§ 43. Quels créanciers participent au concordat ?

Nous sommes d'accord avec Jäger³ qu'il n'y a aucune distinction à faire entre créanciers habitant la Suisse et créanciers habitant l'étranger. Mais cela ne veut pas dire que tous les créanciers du débiteur puissent participer au concordat. Si nous ne faisons aucune distinction de nationalité et de domicile, nous n'admettons cependant pas au concordat des créanciers qui ne peuvent pas poursuivre leur débiteur en Suisse ou qui ne peuvent le poursuivre qu'après désin-

¹ Meili § 61 von Bar II 585. Kohler Lehrbuch 640. Leitfaden 314. Seuffert p. 33, Lyon Caen et Renault VIII N° 1262, Pillet II N° 790 et suiv., Jäger ad. art. 293 et suiv. L. P.

² Cf. Jäger ad. art. 293 rem. 1.

³ Ad. art. 293 rem. 8.

téressement des créanciers dont le for naturel et principal est en Suisse¹. Pour être plus précis, ne parlons pas de créanciers, mais de créances ; ne recevront donc leur exécution par concordat que les créances pour lesquelles le for suisse est naturel et principal. Un créancier qui possède des créances contre la succursale en Suisse et contre l'établissement principal à l'étranger ne participera donc au concordat suisse que pour la créance qu'il possède contre la succursale, bien qu'en réalité, le débiteur soit le même.

Il arrive que certains créanciers peuvent poursuivre en outre leur débiteur à l'étranger ou participent également à un concordat étranger. Cela n'a pas pour effet de les empêcher de participer au concordat suisse. Cependant, quant à la question de savoir pour quel montant le créancier peut alors participer au concordat suisse, nous appliquerons par analogie les règles que nous avons vues aux § 13 et suiv. (sur le for naturel et principal) pour déterminer le montant pour lequel le créancier pouvait poursuivre son débiteur en Suisse.

§ 44. Quels biens doivent être pris en considération ?

Art. 299 L. P. : Aussitôt après sa désignation, le commissaire dresse l'inventaire des biens du débiteur et procède à leur estimation. La circulaire N° 15 du T. F. (22 novembre 1922) donne des instructions quant au mode de procéder à l'inventaire dans le cas où les biens sont situés hors du ressort de l'autorité de concordat. Mais ni la loi ni les circulaires ne parlent des biens situés à l'étranger. Ces biens doivent-ils être pris en considération ? Selon le principe de la territorialité, le concordat homologué dans un Etat ne produit aucun effet sur le territoire d'un autre Etat. On peut être certain que l'Etat où se trouvent ces biens autorisera l'exécution forcée. Il paraît logique de ne faire figurer dans l'inventaire que des biens

¹ Cf. § 13 et suiv., ci-dessus.

qui en cas de faillite tomberaient dans la masse. La prise d'inventaire de biens situés à l'étranger présenterait du reste pour le commissaire de grandes difficultés et occasionnerait des frais qui ne se justifient pas toujours en de pareilles circonstances.

Cependant, selon 306 ch. 2 L. P. l'homologation du concordat n'est accordée que si la somme offerte est en proportion des ressources du débiteur et selon la théorie généralement admise¹, s'il apparaît qu'une faillite doit donner un meilleur résultat qu'un concordat, celui-ci doit être rejeté. Nous avons dit qu'en général l'Etat où se trouvent les biens autorise l'exécution forcée². Cependant, il se peut aussi que cet Etat considère que la créance produite dans une procédure du concordat soit éteinte par l'homologation et par le paiement du dividende concordataire³. Peut-être aussi la législation de cet Etat fait-elle la distinction entre créanciers n'ayant pas adhéré et créanciers ayant adhéré au concordat⁴, ces derniers étant déchus de droits pour le montant impayé comme s'il s'agissait d'une remise conventionnelle de dette, tandis qu'en cas de faillite, ces mêmes créanciers auraient pu poursuivre leur débiteur à l'étranger. Cependant, nous croyons que l'homologation ne pourra être rejetée que lorsque le dividende de la faillite ouverte en Suisse serait supérieur au dividende concordataire sans qu'il y ait lieu de tenir compte des biens sis à l'étranger.

Mais il est évident que les créanciers ne donneront pas leur adhésion s'ils se rendent compte qu'une faillite leur rapporterait davantage qu'un concordat, puisqu'ils seraient sûrs de pouvoir poursuivre leur débiteur à l'étranger. Que devra faire le débiteur ? La solution la

¹ Cf. Jäger ad. art. 306 rem. 6.

² Cf. à ce sujet notre § 3 ci-dessus; cf. également Trib. Régional de Colmar 31 mars 1908. Clunet 1910 p. 613.

³ Ainsi Autriche, cf. Cour suprême Vienne 17 juin 1925 et 16 avril 1929. Clunet 1930 p. 740. Tchécoslovaquie : Cour suprême Brno 23 octobre 1930. Clunet 1931 p. 718.

⁴ Cf. Cour suprême de Suède 30 mars 1900. Clunet 1902 p. 180. Cour de Gênes 9 avril 1888. Clunet 1889 p. 911.

plus simple serait de liquider préalablement les biens qui se trouvent à l'étranger. L'inconvénient est que les délais de sursis de l'art. 295 al. 1 et 4 sont courts. Dans la plupart des cas, le débiteur sera également l'objet de poursuite à l'étranger. La liquidation s'y produira donc sous forme de faillite ou d'un autre mode de réalisation forcée.

Il y aura probablement des créanciers pour lesquels ce for étranger est le for principal et qui ne participent donc pas au concordat. Or, ces créanciers pourraient soulever l'exception du concordat ou de l'adhésion si ces actes intervenaient avant la liquidation à l'étranger.

Si tous les créanciers du débiteur participent au concordat en Suisse, le moyen le plus pratique serait de faire figurer à l'inventaire tous les biens du débiteur, y compris ceux qui se trouvent à l'étranger. On tiendra alors compte de ces biens pour examiner si le dividende concordataire est supérieur au dividende de la faillite. Mais le débiteur devra être prudent s'il veut éviter la réalisation forcée de ses biens sis à l'étranger. Car, selon le principe de la territorialité, le concordat homologué dans un pays ne déploie aucun effet à l'étranger. Le débiteur devra donc, lorsque les biens qu'il possède à l'étranger ont été pris en considération pour la fixation du dividende concordataire, réclamer de chaque créancier, la remise conventionnelle du solde impayé de la dette.

Lorsqu'il aura porté les biens à l'inventaire avant de réclamer la remise conventionnelle du solde de la dette et que certains créanciers s'opposeront à cette remise, le débiteur prudent transportera en Suisse l'actif qu'il a à l'étranger.

§ 45. Des effets du concordat

Selon 311 L. P., le concordat homologué est obligatoire pour tous les créanciers. Mais d'après le principe de la territorialité, le concordat suisse ne déploie aucun effet à l'étranger.

En Suisse, le concordat déploie ses effets même à l'égard des

créanciers qui n'ont pas participé au concordat ¹. Cependant, il s'agit de s'entendre sur ces effets. Les créanciers qui n'ont pas participé au concordat mais qui selon les règles que nous avons vues au § 43 ci-dessus avaient le droit d'y participer, ont également droit au dividende concordataire tandis que pour les créanciers qui ne pouvaient participer au concordat parce qu'ils ne pouvaient poursuivre leur débiteur en Suisse qu'une fois que les créanciers pour lesquels le for suisse était for principal avaient été désintéressés, l'exception du concordat paralysera leur action.

Mais lorsque par suite du changement de domicile du débiteur ou pour toute autre cause, le for suisse devient pour ces créanciers for principal, qu'en sera-t-il ? Doit-on admettre que le concordat déploie ses effets à leur égard, puisque la dette était antérieure au concordat et qu'ainsi ils toucheront le dividende concordataire ou doit-on admettre au contraire que puisqu'ils ne pouvaient poursuivre leur débiteur en Suisse et étaient exclus des délibérations relatives au concordat, ce dernier ne leur est pas opposable et qu'ainsi ils peuvent poursuivre leur débiteur pour le montant intégral de la dette ?

Selon nous l'art. 311 L. P. est formel et l'exception de concordat pourra être soulevée par le débiteur. Le créancier touchera le dividende concordataire. Toutefois on déduira de ce dividende le montant touché dans la masse étrangère, dans la mesure où ce montant n'aurait pas été touché, si à l'époque de la faillite étrangère le for principal avait déjà été en Suisse.

Lorsque les biens situés à l'étranger n'ont pas été pris en considération pour la fixation du dividende concordataire, les créanciers peuvent requérir l'exécution forcée sur les biens sis à l'étranger pour le solde impayé.

Lorsque le débiteur après avoir obtenu le concordat en Suisse transporte ses biens en Suisse pour éviter la réalisation de ces biens,

¹ Jäger ad. art. 311 rem. 2.

les créanciers peuvent-ils avoir recours en Suisse à l'exécution forcée ? Non ! L'exception de concordat s'y oppose formellement. S'il y a eu mauvaise foi du débiteur, le créancier pourra alors faire prononcer la révocation du concordat (art. 316 L. P.).



DEUXIÈME PARTIE

Faillite étrangère

CHAPITRE X

Jugement de faillite prononcé à l'étranger

§ 46. Reconnaissance et exécution en Suisse du jugement étranger.

1^o Le jugement de faillite prononcé à l'étranger n'a pas en Suisse l'autorité de la chose jugée. Il ne produit pas le dessaisissement des biens du failli situés en Suisse. Les actes du failli sont valables (sous réserve d'action paulienne). Les créanciers peuvent poursuivre individuellement le débiteur, de même que demander la déclaration de faillite. Le T. F. a jugé ¹ : « Alors que la faillite prononcée et liquidée en Suisse contre le mari, établit la séparation de biens tant à l'égard des tiers qu'entre époux, dès la délivrance des actes de défaut de biens, même avant l'inscription au registre matrimonial et la publication qui doivent avoir lieu d'office, la faillite prononcée à l'étranger ne produit pas en Suisse, quand le ménage vient s'y établir, la séparation de biens à l'égard des tiers tant que ce régime extraordinaire n'a pas été inscrit et publié. »

Nous avons vu également ² que le jugement de faillite n'affecte pas le statut du failli.

¹ A. T. F. 30 janvier 1922, J. d. T. 1922 Pp. 79.

² Cf. § 1 ci-dessus.

2^o Le jugement étranger ne peut être rendu exécutoire en Suisse. Le jugement de faillite n'est pas un jugement civil ¹. Les règles relatives à l'exécution en Suisse des jugements civils étrangers sont donc inapplicables.

3^o Le jugement étranger a cependant quelques effets en Suisse en tant qu'il constate certains faits.

On ne peut méconnaître en Suisse le fait que le failli a été dessaisi de ses biens dans le pays où est intervenue la déclaration de faillite, qu'un syndic a été nommé pour liquider les biens du débiteur et pour agir au nom de la masse.

Dès lors, on reconnaîtra en Suisse le pouvoir du syndic étranger d'agir es qualité. On lui accordera le droit d'intenter au nom de la masse une action paulienne ou d'adresser aux actionnaires l'appel de fonds pour la libération de leurs actions de la Société étrangère, etc.

Toutefois, comme le dessaisissement des biens du failli ne concerne pas les biens sis en Suisse, l'activité du syndic ne pourra jamais comporter une mainmise effective sur les biens du débiteur et le syndic ne pourrait vendre même de gré à gré des biens du débiteur situés en Suisse s'il n'a pas mandat du débiteur lui-même. Lorsque le syndic aura mandat du débiteur lui-même, les biens du débiteur sis en Suisse pourront lui être remis et les créances contre des tiers pourront lui être payées pour autant que le débiteur n'est pas en faillite en Suisse ou qu'une saisie ou qu'un séquestre ne sont pas requis sur ces biens. Par contre, lorsque le débiteur sera en faillite en Suisse ou lorsqu'une saisie ou un séquestre seront opérés sur ses biens sis en Suisse, de même, lorsque le syndic n'agira pas comme mandataire conventionnel du débiteur, aucun bien ne pourra être remis au syndic, même en cas de gain de procès par exemple. Le syndic devra alors requérir l'exécution forcée ou produire à la faillite non pas comme syndic mais comme mandataire conventionnel des créanciers, et agir au nom de

¹ A. T. F. Banque de Soleure c. Berne cité par Petitpierre p. 5.

ces créanciers individuellement. La liquidation de ces biens et leur répartition se feront en Suisse conformément à la L. P. puisqu'il s'agira de poursuite intentée ou de faillite prononcée en Suisse.

Le T. F. a jugé ¹ que le dividende auquel a droit dans une faillite ouverte en Suisse un créancier tombé en faillite à l'étranger doit être remis personnellement à ce créancier et non à la masse étrangère.

Le T. F. qui reconnaît au syndic étranger le pouvoir d'agir es qualité en Suisse pour autant que sa nomination n'est pas contraire à l'ordre public (liquidateur séquestre de société nommé par mesure de guerre, par exemple ²) lui refuse donc le droit de se saisir à son profit des biens du débiteur sis en Suisse.

§ 47. Effets de la faillite étrangère quant au contrat

La question se pose de savoir si l'art. 83 C. O. ³ ne peut être invoqué que lorsque la faillite est déclarée en Suisse.

Il ne s'agit pas ici d'un effet direct de la faillite qui, en vertu du principe de la territorialité ne serait pas reconnu en Suisse. Il s'agit uniquement de la constatation de l'insolvabilité du débiteur, et il suffit que cette insolvabilité soit constatée pour que le créancier ait le droit de se garantir contre l'inexécution de l'obligation, peu importe que cette constatation ait eu lieu en Suisse ou à l'étranger. A l'art. 83, il n'est du reste pas question de failli, mais de débiteur insolvable.

L'application de 83 C. O. entraîne celle des articles qui consacrent l'application de ce principe ⁴.

Par contre, lorsque le droit suisse régissant le contrat prévoit que

¹ A. T. F. 54 III p. 25.

² A. T. F. 3 mai 1927 J. d. T. 1927 Pp. 146.

³ Art. 83 C. O. Si dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, le partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'obligation contractée à son profit ait été garantie.

Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie, à sa requête dans un délai convenable.

⁴ P. ex. 266, 316, 292, 748 C. O.

la faillite met fin au contrat *ipso facto*¹ ou modifie le contrat², il s'agit bien d'effet de la faillite et nous devons distinguer entre faillite suisse et faillite étrangère. Cette dernière n'affecte l'existence du contrat que dans la mesure où par la dépossession du failli et l'aliénation de l'objet du contrat, l'exécution de ce dernier est impossible³.

Quelle est la situation lorsqu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, le contrat qui doit recevoir son exécution en Suisse est régi par une loi étrangère et que le débiteur est déclaré en faillite à l'étranger ?

La fixation d'un lieu d'exécution en Suisse ne peut avoir à elle seule pour effet de soumettre le rapport de droit à la loi suisse et c'est la loi régissant le rapport de droit qui déterminera quels sont les effets de la faillite. Lorsque nous disons que d'après le principe de la territorialité, la faillite étrangère ne déploie en Suisse aucun effet, il ne s'agit évidemment que des effets sur les rapports de droit (naissance, modification ou extinction) régis par le droit suisse.

Les mêmes principes sont applicables lorsque la faillite est déclarée en Suisse. La loi régissant le rapport de droit ne détermine pas seulement l'étendue de l'obligation, mais encore les conséquences de l'inexécution. Elle déterminera les effets de la faillite sur le contrat. Elle décidera également, lorsque la faillite est ouverte dans un tiers pays, si la faillite étrangère produit les mêmes effets que la faillite interne.

§ 48. Effets quant à la créance

I. Effets quant au montant.

Si la faillite étrangère ne produit aucun effet, il n'en est pas de même de l'exécution de l'obligation à l'étranger, qu'elle ait eu lieu

¹ Cf. art. 295, 405, 425, 470..., etc., C. O.

² Cf. p. ex. 518 al. 3 C. O.

³ Art. 20 C. O. cf. également 259, 281 C. O. En Hollande, par contre, il a été jugé : « la loi hollandaise stipulant qu'en cas de faillite les contrats synallagmatiques formés par le débiteur sont résolus de plein droit n'est pas une règle de procédure de faillite et peut être invoquée dans les Pays-Bas en cas de faillite étrangère. » Clunet 1917 p. 299.

volontairement ou par voie d'exécution forcée. Lorsque l'exécution n'a été que partielle, la créance subsiste pour le montant impayé.

Un principe qui doit être généralement reconnu est que les frais d'exécution forcée qui sont résultés de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir du débiteur l'exécution volontaire de l'obligation doivent être mis à la charge du débiteur. Le créancier ayant le droit d'obtenir l'exécution intégrale de l'obligation ne doit subir aucun préjudice du fait qu'il ne peut obtenir l'exécution volontaire. Dès lors, lorsque la poursuite aura eu lieu à l'étranger, qu'elle aura été infructueuse et que le créancier n'aura pas même pu obtenir le remboursement des frais qu'il a avancés, sa créance s'augmentera des frais dont il a fait l'avance et dont il n'a pas été remboursé.

Quant à la libération totale ou partielle des dettes que certaines législations reconnaissent au débiteur failli (en particulier la loi anglaise : *Order of discharge*), elle n'a aucun effet extraterritorial, la faillite n'étant pas un mode d'extinction des obligations. C'est un effet de la faillite qui, en raison du principe de la territorialité, n'est pas reconnu en Suisse ¹.

II. *Effets quant au cours des intérêts.*

La loi régissant la créance détermine dans quelle mesure le créancier est en droit de réclamer des intérêts, quel en est le taux, quelle en est l'espèce (intérêts simples ou intérêts composés), depuis et jusqu'à quand ils courent. Elle peut interdire la stipulation d'intérêts pour certaines dettes, comme elle peut ordonner la suspension du cours des intérêts à l'égard de certains débiteurs dans certaines circonstances.

La question de l'intérêt est, en effet, délicate. Le prêt à intérêt, considéré à certaines époques comme immoral et odieux, est maintenant généralement admis par les législations.

¹ Cf. à ce sujet l'examen de cette disposition dans la discussion relative à la prescription sous ch. III ci-dessous.

Cependant, le droit de réclamer des intérêts est souvent restreint¹. Nombreuses sont les législations qui arrêtent le cours des intérêts à l'égard du débiteur insolvable, en raison des conséquences particulièrement ruineuses et de l'impossibilité quasi absolue pour le débiteur de s'affranchir postérieurement de ses dettes qui résulteraient de cette accumulation d'intérêts.

Cette interdiction de réclamer des intérêts ordonnée par la loi qui régit la créance affecte la créance elle-même et procure au débiteur une exception qu'il peut soulever en tout lieu.

La loi qui régit la créance régit les intérêts. Cette loi sera seule déterminante, sous réserve des restrictions d'ordre public de la loi du lieu où est poursuivie l'exécution. En Suisse, les dispositions de la L. P. arrêtant le cours des intérêts à l'égard du débiteur insolvable sont-elles d'ordre public ? ou sont-elles uniquement des règles de procédure applicables dans la seule faillite ouverte en Suisse ? Une distinction nous paraît nécessaire : alors que certaines dispositions de procédure indiquent à quel moment les droits du créancier doivent être examinés pour fixer le montant pour lequel les créances figureront à l'état de collation, d'autres dispositions interdisent aux créanciers d'exiger des intérêts pour le montant impayé de leur créance dans les poursuites subséquentes contre le débiteur dont l'insolvabilité a été constatée. Cette insolvabilité résulte, en effet, d'actes de défaut de biens dont la délivrance n'est autorisée que lorsque l'insuffisance absolue du patrimoine du débiteur est démontrée².

Les dispositions de procédure ne peuvent avoir d'effets qu'à l'intérieur du pays où la procédure d'exécution forcée est ouverte tandis que les dispositions interdisant la réclamation d'intérêts au débiteur insolvable dans les poursuites subséquentes à la déclaration

¹ Cf. p. ex. C. O. 73, al. 2, 313 al. 1, 314 al. 3.

² A. T. F. 6 mai 1921 J. d. T. 1922 Pp. 55 et les arrêts qui y sont cités. Cf. également Trib. Vaud. 26 avril 1909 J. d. T. 1910 Pp. 5.

d'insolvabilité sont d'ordre public interne. Elles ne sont pas d'ordre public international. La conception des intérêts et du droit de les exiger varie du reste de pays à pays.

En Suisse, l'art. 149 al. 4 L. P. est d'ordre public. Cet article peut être invoqué, non seulement par le débiteur domicilié en Suisse, mais par tout débiteur poursuivi en Suisse, peu importe qu'il s'agisse d'un acte de défaut de biens suisse ou étranger. Il suffit que cet acte constate l'insolvabilité du débiteur.

La réclamation des intérêts, lorsque l'acte de défaut de biens a été délivré, est immorale en ce sens qu'elle aboutit à l'écrasement du débiteur et qu'elle favorise les créanciers cupides au détriment des autres. Elle ne saurait donc être tolérée en Suisse.

En résumé :

1^o La loi régissant la créance détermine dans quelle mesure et pour quelle période les intérêts peuvent être réclamés.

2^o L'application en Suisse de cette loi est restreinte par la disposition d'ordre public de l'art. 149 al. 4 L. P.

3^o Les autres restrictions d'ordre public (C. O. 314, al. 3 par exemple), demeurent réservées. Mais l'examen de ces dispositions ne rentre pas dans le cadre de ce travail.

4^o Les restrictions de la loi de la faillite antérieure sont d'ordre public interne et n'ont, par conséquent, aucun effet en Suisse.

III. *Effets quant à la prescription.*

La prescription est une exception que peut opposer le débiteur, à la poursuite du créancier intentée après un certain délai. L'expiration du délai de prescription n'a aucun effet sur le droit. Seule l'action est paralysée. La loi applicable à la créance détermine le délai pendant lequel le créancier peut poursuivre son débiteur. Elle peut prolonger ce délai à l'égard du créancier qui a poursuivi son débiteur mais n'a pu obtenir l'exécution complète de l'obligation,

car la prescription est réglée par la loi qui régit la créance. C'est le système généralement admis, en particulier en Suisse, Allemagne, Autriche¹, avec cette restriction en faveur de la *lex fori* que cette dernière ne reconnaît pas un délai de prescription supérieur à celui de la *lex fori*. Cette restriction est du reste combattue par les auteurs², mais, comme en Suisse, la créance constatée par un acte de défaut de biens est imprescriptible, cette question ne joue aucun rôle. Nous n'aurons donc à considérer que la prescription déterminée par la loi régissant la créance.

Les dispositions de certaines législations (order of discharge du droit anglais et nord américain) libérant le failli de ses dettes après la clôture de la faillite, n'ont aucun effet extraterritorial. L'order of discharge est une décision de la Cour des faillites. Un jugement étranger doit, pour recevoir son exécution en Suisse, être revêtu de l'exequatur. Or, les mêmes raisons pour lesquelles le jugement d'un tribunal étranger prononçant la faillite ou homologuant un concordat n'est pas exécutoire en Suisse, s'opposent à ce que le jugement prononçant la libération du failli puisse être revêtu de l'exequatur en Suisse. Ce jugement n'aura pas non plus l'autorité de la chose jugée. Il ne s'agit pas de prescription. La prescription naît directement de la loi et non d'une décision judiciaire.

L'order of discharge étranger n'est reconnu ni en France³, ni en Allemagne⁴, ni dans les pays dont la législation connaît cette institution (Etats-Unis⁵) ni même dans les pays qui adoptent le principe de l'unité de la faillite (Belgique⁶) et qui considèrent ces dispositions comme contraires à l'ordre public.

L'institut de droit international qui pourtant préconise le système

¹ Cf. A. T. F. 16 septembre 1898, 12/682, Sauser-Hall à son cours. Walker, von Bar.

² Sauser-Hall à son cours, Walker.

³ Lapradelle VIII p. 348.

⁴ Clunet 1874 p. 249.

⁵ Clunet 1892 p. 281.

⁶ Clunet 1887 p. 740 cf. également Clunet 1906 p. 1194.

de l'unité de la faillite dans les rapports internationaux a voté à Bruxelles, en 1902, la disposition suivante :¹ « Les décisions judiciaires qui libèrent le failli d'une partie de ses dettes sans le consentement des créanciers, spécialement l'order of discharge des lois anglaises et américaines, ne produiront aucun effet dans les autres Etats. »

Il considère l'order of discharge comme une question d'ordre public interne.

En résumé, tout créancier peut exercer une poursuite en Suisse pour le découvert qu'il a subi à l'étranger dans la faillite de son débiteur.

Il ne pourra se voir opposer l'exception de prescription que si la créance est prescrite selon la loi applicable à cette créance.

Lorsque la créance aura été produite dans une faillite déclarée dans un autre Etat que celui qui régleme la créance et qu'il aura été délivré au créancier un acte de défaut de biens rendant la dette imprescriptible ou accordant un délai de prescription plus long que celui qui est attribué par la loi régissant la créance, le débiteur qui ne se sera pas opposé à la délivrance d'un tel acte ou n'aura formulé aucune réserve à ce sujet, ne pourra, selon nous, invoquer d'autre prescription que celle qui est constatée par ce titre, à moins que la loi régissant la créance n'interdise la renonciation anticipée à la prescription, ou n'admette que la production dans la faillite et la délivrance d'actes de défaut de biens opère novation.

La loi du pays de la faillite antérieure est inapplicable comme telle, à moins que par l'effet de la novation, elle ne devienne la loi applicable au rapport de droit.

§ 49. Effets en Suisse des actes de défaut de biens étrangers ²

Nous venons de voir aux paragraphes précédents quels sont les

¹ Annuaire XIX 1902, p. 282, cité par Meili § 60.

² Jäger ad. art. 271 L. P. Ott p. 65, Brüstlein et Rambert ad. art. 271 L. P. Brüstlein IV p. 25. Blumenstein p. 833, Meili § 55 et suiv. Bonnard : Le séquestre d'après la L. P.

effets de la faillite étrangère quant au montant de la créance, au cours des intérêts et à la prescription. Nous ne pouvons donc pas assimiler purement et simplement ou refuser catégoriquement d'assimiler les actes de défaut de biens étrangers aux actes suisses. Nous disons même qu'un créancier qui a poursuivi son débiteur à l'étranger et qui n'a pas été intégralement payé, mais qui, pour une raison ou pour une autre, n'a pas reçu d'actes de défaut de biens, pourra avoir les mêmes droits qu'un créancier porteur d'actes de défaut de biens, pourvu que les conditions dont nous avons parlé aux paragraphes précédents soient réalisées.

Remarquons qu'un acte de défaut de biens doit démontrer l'insuffisance absolue du patrimoine du débiteur ¹, et ne peut, pour cette raison être délivré que lorsque la poursuite a eu lieu au for général. Cependant, comme en raison du principe de la territorialité, les biens situés à l'étranger ne rentrent pas dans la masse suisse, l'acte de défaut de biens ne constate que l'insuffisance du patrimoine situé en Suisse. Dès lors, lorsque la disposition d'ordre public de 149 al. 4 L. P. ² est invoquée en Suisse par le débiteur mis en faillite à l'étranger, il faut que l'insuffisance absolue du patrimoine du débiteur ait été constatée dans le pays où il avait son for général de poursuite. On exigera aussi, qu'au moment où cet état d'insolvabilité est constaté à son for général, le débiteur ne possède pas en Suisse des biens en quantité suffisante pour que l'insolvabilité disparaisse. De même que nous ne tenons pas compte, pour la délivrance d'actes de défaut de biens en Suisse, des biens du débiteur qui se trouvent à l'étranger, de même, nous n'exigerons pas que l'acte de défaut de biens étranger constate davantage que l'insuffisance du patrimoine du débiteur dans le pays où il a son for général de poursuite.

¹ A. T. F. 31 I 372, 34 I 405, 39 II 383, 6 mai 1921 J. d. T. 1922 Pp. 55.

² Art. 149 al. 4 : Il (le créancier) ne peut réclamer au débiteur des intérêts pour la créance constatée par acte de défaut de biens. Les cautions, coobligés ou autres garants qui ont dû en payer depuis ne peuvent en exiger le remboursement.

Quant à l'exception de non retour à meilleure fortune prévue à l'art. 265 L. P., ¹ elle ne peut être prise en considération que lorsque le débiteur aura été déclaré en faillite à son for général en Suisse, et si ce for général est en Suisse au moment de la nouvelle poursuite.

Cette exception est opposable à tout créancier dont la créance était exigible antérieurement ou au moment de la déclaration de faillite, qu'il soit ou non porteur d'actes de défaut de biens.

C'est parce que le débiteur a été mis en faillite et non parce que son créancier est porteur d'actes de défaut de biens, conformément à 265 al. 2 L. P., que l'exception peut être soulevée.

Le créancier qui a négligé de produire sa créance dans la faillite de son débiteur ne peut poursuivre ultérieurement ce dernier s'il ne prouve le retour à meilleure fortune.

Alors que le créancier porteur d'actes de défaut de biens délivrés après faillite (art. 265 L. P.) peut se voir opposer cette exception, le porteur d'un acte de défaut de biens délivré après poursuite par voie de saisie (149 L. P.) peut poursuivre son débiteur. Or, dans certains cas, que l'on procède par voie de saisie ou par voie de faillite, il se peut fort bien que la situation du débiteur et les droits des créanciers soient les mêmes. Néanmoins, à la poursuite pour le montant impayé constaté par acte de défaut de biens délivré conformément à 149 L. P., le débiteur ne peut opposer l'exception de non retour à meilleure fortune. Toute interprétation par analogie doit être exclue. L'exception résulte donc non seulement de la procédure de faillite, mais encore de la procédure de faillite suisse. Le fait que cette exception ne concerne que les dettes exigibles au moment de la déclaration de faillite montre du reste bien qu'il s'agit d'une mesure suspendant uniquement la procédure de réalisation forcée et les nouvelles poursuites ne doivent être considérées que comme la continuation des

¹ Art. 265 al. 2 L. P. : l'acte de défaut de biens (délivré après faillite) confère les droits mentionnés à l'art. 149. Toutefois une nouvelle poursuite ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleure fortune.

antérieures¹. Dès lors, on ne conçoit pas que la loi suisse soit applicable à la suspension de poursuite intentée à l'étranger.

Comme il est impossible de savoir s'il y a ou non retour à meilleure fortune lorsque le for général de poursuite n'est pas en Suisse, l'exception de 265 al. 2 L. P. ne pourra donc être soulevée que lorsque le débiteur aura son for général en Suisse quand bien même en fait, un acte de défaut de biens aurait été délivré conformément à 265 L. P. lors d'une faillite ouverte à un for spécial², et cela pour les raisons suivantes :

1) C'est que la jurisprudence s'oppose à la délivrance d'actes de défaut de biens à la suite de poursuite à un for spécial³.

2) Que la délivrance ait eu lieu ou non, il n'en reste pas moins que cette exception ne peut être admise puisqu'il est absolument impossible au créancier de rapporter la preuve de retour à meilleure fortune lorsque le débiteur est domicilié à l'étranger. La disposition de 265 L. P. qui autorise expressément la poursuite — sous certaines conditions, il est vrai, — ne doit pas être interprétée d'une façon qui aboutirait à l'impossibilité absolue de poursuivre le débiteur.

En résumé, l'acte de défaut de biens étranger ne peut être assimilé à un acte de défaut de biens suisse.

Nous avons vu au § 24 ci-dessus que le porteur d'un acte de défaut de biens étranger ne peut requérir un séquestre. Nous venons de voir qu'un débiteur mis en faillite à l'étranger ne peut invoquer à son profit l'exception de non retour à meilleure fortune prévue par la loi suisse s'il n'a pas été mis en faillite en Suisse. Mais le débiteur peut-il invoquer en Suisse les exceptions qu'il peut soulever dans le pays où il a été mis en faillite ? Le jugement étranger ne déploie pas ses effets en Suisse, mais il est cependant reconnu en tant qu'il constate certains faits. Nous avons vu au § 47 ci-dessus

¹ Cf. § 24 ci-dessus.

² Cf. 190, 191 L. P. p. ex.

³ A. T. F. 31 I 372, 34 I 405, 39 II 383, 6 mai 1921 J. d. T. 1922 Pp. 55.

que la loi qui détermine les conséquences de l'inexécution de l'obligation détermine les effets de la faillite sur le contrat. La loi qui régit la créance détermine également si la production dans la faillite et la délivrance de défaut de biens opère novation du rapport de droit. L'acte de défaut de biens étranger constate donc certains faits qui, à teneur de la loi régissant le rapport de droit peuvent affecter la créance.

Remarquons que la loi régissant le rapport de droit détermine si ces faits que constate l'acte de défaut de biens (c'est-à-dire en premier lieu la faillite), doivent intervenir dans le pays dont la loi régit la créance ou si au contraire une faillite étrangère affecte la créance de la même manière.

L'acte de défaut de biens étranger sera pris en considération en Suisse dans la mesure où il constate des faits qui, à teneur de la loi applicable à l'obligation, affectent la créance. Nous spécifions qu'il s'agit de dispositions légales modifiant la créance en cas de faillite et non de décisions judiciaires telle que l'homologation du concordat et l'order of discharge. Ces décisions judiciaires donnent au débiteur une exception qu'il peut soulever dans le pays de la faillite seulement, mais à l'égard de tous ses créanciers quelle que soit la loi régissant le rapport de droit.

Il a été jugé en Allemagne ¹ que l'exception de non retour à meilleure fortune prévue par la loi suisse peut être invoquée lors d'une poursuite ultérieure en Allemagne lorsque la créance est régie par le droit suisse. Cet arrêt déclare en outre : Il en est de même du cas où par la reconnaissance dans la faillite et la délivrance d'un acte de défaut de biens, il s'est opéré une sorte de novation dans la créance de change. Cet arrêt se base sur l'opinion de von Bar ².

¹ Tribunal régional supérieur d'Hambourg 7 juin 1906, *Clunet* 1909 p. 210.

² *Lehrbuch* 1892 p. 204.

CHAPITRE XI

De l'action paulienne

§ 50. Généralités

Lorsque la faillite a été ouverte à l'étranger, devons-nous admettre une action paulienne en Suisse ou devons-nous l'écarter en vertu du principe que la faillite prononcée à l'étranger n'a pas d'effets en Suisse ?

Le défendeur peut être en Suisse alors que les biens en question sont à l'étranger. On ne peut parler ici d'effets de la faillite étrangère en Suisse et l'action paulienne devra être autorisée. La question de savoir quelle loi sera applicable est controversée. Le T. F. a admis ¹ que l'action doit être régie par la loi du pays de la faillite. Cette solution est adoptée en France ², en Grèce ³. Les tribunaux allemands par contre ont jugé ⁴ que la loi applicable était celle du pays où se trouvait l'objet gratuitement cédé en vertu d'une entente frauduleuse entre le débiteur et une tierce personne, ou quand l'obligation n'a pas d'objet matériel précis, la loi du lieu où devait être acquitté le paiement.

En Suisse, comme le T. F. a jugé ¹ qu'en cas de faillite ouverte en Suisse, c'est le droit suisse qui est applicable à l'action révocatoire, alors même que l'acte attaqué a été conclu à l'étranger, que les biens soustraits à la faillite par cet acte se trouvaient à l'étranger et que le défendeur à l'action révocatoire était et est domicilié à l'étranger,

¹ A. T. F. 8 juillet 1915 J. d. T. 1916 p. 354.

² Lapradelle VIII p. 350.

³ Cour d'appel de l'Egée 1929 N° 166 Clunet 1930 p. 803.

⁴ Oberlandsgericht Stuttgart 28 juillet 1888 Clunet 1893 p. 422.

nous ne pensons pas qu'après avoir décrété d'une manière aussi absolue l'application de la loi du pays de la faillite, nos tribunaux puissent appliquer une autre loi que cette dernière lorsque la faillite a été prononcée à l'étranger.

L'action paulienne est une action personnelle en restitution et doit lorsque le défendeur est domicilié en Suisse, être introduite au for du domicile du défendeur.

Lorsque la contestation sera relative à un immeuble, les restrictions de la *lex rei sitae* devront être prises en considération et les tribunaux compétents seront ceux du pays où sont situés les immeubles.

Cependant lorsque l'objet de la contestation se trouve en Suisse, nous devons distinguer :

1^o Lorsque le débiteur poursuivi à l'étranger a également un for de poursuite en Suisse, l'action révocatoire étrangère ne pourra avoir pour effet de soustraire à la masse suisse des biens qui devraient y rentrer. Le débiteur devra être poursuivi en Suisse et la loi suisse régira l'action tendant à la restitution de biens à la masse suisse.

2^o Lorsque le débiteur ne peut être poursuivi en Suisse, nous ne croyons pas devoir faire une distinction entre les biens que l'acte attaqué a eu pour effet de faire venir ou rester en Suisse et qui à défaut de cet acte seraient tombés dans la masse étrangère et les biens qui, si l'acte attaqué n'avait pas été commis, seraient néanmoins restés en Suisse et qui ainsi ne seraient pas tombés dans la masse étrangère.

Lorsque le débiteur ne peut être poursuivi en Suisse, l'action, nous l'avons vu, sera régie par la loi du pays de la faillite ; cependant, lorsque les biens sont en Suisse, leur possesseur de bonne foi est protégé par les règles d'ordre public des art. 933 et suiv. C. C. S.¹.

Une seconde restriction à l'application de la loi du pays de la

¹ Cf. également 290 L. P. : « Elle (l'action révocatoire) ne porte pas atteinte aux droits des tiers de bonne foi. » cf. cependant 291 al. 3 L. P.

faillite est la disposition d'ordre public de l'art. 291 L. P. déterminant dans quelle mesure s'opère la restitution ¹.

Nous ne croyons pas qu'en admettant en Suisse l'action révocatoire intentée par une masse étrangère l'on puisse parler d'effets de la faillite étrangère en Suisse. Car, les biens qui se trouvent en Suisse ne sont pas au point de vue du droit suisse des biens du débiteur sur lesquels s'étend l'exécution forcée étrangère, mais des biens appartenant à un tiers contre lequel est intentée une action personnelle en restitution.

Au surplus, si l'on devait vraiment considérer qu'il s'agit d'un effet de faillite étrangère en Suisse, nous devons néanmoins admettre cette action révocatoire en vertu des règles de la bonne foi. Si nous faisons une entorse à l'application stricte du principe de la territorialité, il ne s'agit que d'une exception — qui confirme la règle.

§ 51. Qui peut intenter l'action paulienne ?

Lorsque l'action paulienne sera régie par la loi de la faillite étrangère, comme nous l'avons vu au § précédent, la loi du pays de la faillite déterminera également quelles personnes ont vocation pour intenter l'action, par les motifs que nous avons vus à propos des effets en Suisse de la faillite étrangère ².

Par contre, lorsque l'action sera régie par le droit suisse, seules les personnes mentionnées à l'art. 285 L. P. pourront intenter l'action. Le syndic étranger comme tel, n'aura pas ce droit. Le créancier porteur d'un acte de défaut de biens étranger n'aura pas non plus qualité pour intenter l'action. Remarquons que le créancier porteur d'un acte

¹ Art. 291 L. P. Celui qui a profité d'un acte nul est tenu à restitution. Ce qu'il a versé lui est restitué, en tant que la chose se trouve encore en mains du débiteur ou que celui-ci en est enrichi. Le surplus ne peut être réclaté au débiteur qu'à titre de créance. Le créancier qui a restitué ce qui lui a été payé en vertu d'un acte nul rentre dans ses droits. Le donataire de bonne foi n'est tenu à restitution que pour le montant dont il se trouve enrichi.

² Cf. § 46 ci-dessus.

de défaut de biens délivré en Suisse après saisie peut actionner, le créancier porteur d'un acte de défaut de biens délivré après faillite ne le peut pas ¹.

En effet, si les biens doivent rentrer dans la masse de la faillite, l'action révocatoire appartient à l'administration de la faillite et non aux créanciers individuellement, à moins que la masse ne leur cède ses droits. Si au contraire il s'agit d'une poursuite par voie de saisie, l'action appartient aux créanciers individuellement qui ne sont pas désintéressés par la saisie. L'action a donc pour but de faire rentrer dans l'actif saisissable en Suisse les biens qui ont échappé. L'action ne peut appartenir logiquement à celui qui ne poursuit pas son débiteur en Suisse ou qui ne l'a pas poursuivi. Comme l'action paulienne ne se conçoit que lorsque le créancier ne peut être intégralement payé par la réalisation des biens du débiteur, ce créancier, qui veut intenter individuellement une action paulienne en Suisse doit, lorsque son débiteur peut être poursuivi en Suisse, produire le titre constatant que la poursuite en Suisse ne l'a pas complètement désintéressé.

Nous n'avons pas admis non plus que le porteur d'un acte de défaut de biens étranger puisse requérir un séquestre en Suisse ² pour cette raison que l'acte de défaut de biens constate la suspension de la poursuite faute d'actif, que cette poursuite peut être *continué*e dans certains cas, et que le principe de la territorialité s'oppose à ce qu'une poursuite commencée à l'étranger soit continuée en Suisse. Le créancier qui a poursuivi son débiteur à l'étranger doit donc intenter une *nouvelle* poursuite en Suisse. L'action paulienne ayant pour but de faire rentrer dans l'actif saisissable des biens qui ont échappé a pour effet de permettre la continuation de la poursuite. Ne peuvent donc continuer cette poursuite en Suisse que ceux qui ont déjà poursuivi en Suisse et auxquels il a été délivré un acte de défaut de biens.

¹ Cf. Jäger ad. art. 285.

² Cf. § 24 ci-dessus.

CHAPITRE XII

Du concordat¹

§ 52. Effets en Suisse du concordat étranger

Pas plus que le jugement de faillite, le jugement d'homologation du concordat n'est un jugement civil pouvant être revêtu de l'exequatur en Suisse. Le principe de la territorialité de la faillite met obstacle à ce qu'un concordat étranger déploie ses effets en Suisse. Pas plus que l'order of discharge libérant le failli d'une partie de ses dettes² le concordat n'est un mode d'extinction d'obligation³. L'exception de concordat ne peut être soulevée en dehors du pays où est intervenue l'homologation. Un concordat étranger ne produira donc aucun effet en Suisse quand bien même les biens situés en Suisse auront été pris en considération pour la fixation du dividende concordataire⁴. En effet, que les biens sis en Suisse aient été pris ou non en considération, cela ne modifie pas la nature du concordat.

Il n'y a pas lieu de distinguer non plus entre créanciers ayant accepté et créanciers n'ayant pas accepté le concordat. En effet, le fait d'avoir donné son acceptation au concordat ne constitue pas une remise conventionnelle de la dette. Cela ressort avec évidence lorsque l'homologation n'est pas accordée.

Lorsque le débiteur qui a obtenu un concordat à l'étranger vient

¹ Meili § 61 von Bar II 585 Kohler Lehrbuch 640 Leitfaden 314 Seuffert 33 Lyon Caen et Renault VIII N° 1262 Pillet II N° 790 Jäger ad. art. 293 et suiv. L. P.

² Cf. § 48 ch. 3 ci-dessus.

³ En Italie, il est considéré comme un acte ordinaire extinctif d'obligation, Clunet 1889 p. 911.

⁴ Cf. A. T. F. 38 II N° 110 J. d. T. 1913 p. 180.

à s'établir en Suisse, il devra au préalable demander à ses créanciers une remise conventionnelle du solde impayé, s'il veut se mettre à l'abri de poursuites. Le principe de la territorialité permet l'existence simultanée de plusieurs concordats. Certains créanciers peuvent ainsi toucher des dividendes dans chacun de ceux-ci. L'exception de concordat ne peut être soulevée que dans le pays où il a été homologué. Cependant les divers dividendes touchés par un créancier ne pourront jamais atteindre une somme supérieure au montant de la dette.



Livre II : Droit conventionnel

PREMIÈRE PARTIE De divers traités

CHAPITRE XIII Traités conclus par les cantons

§ 53. Répertoire et texte

I. *Grand Duché de Bade.*

Avec le *Grand Duché de Bade*, un traité a été conclu par certains cantons, le 7 juillet 1808 ¹.

Une renonciation à ce traité dès le 1^{er} janvier 1903 est intervenue de la part de la Suisse et du *Grand Duché* ².

II. *Royaume de Wurtemberg.*

Convention entre le *Royaume de Wurtemberg* et les Avoyers et Conseil d'Etat de la Ville et République de Lucerne, Directoire fédéral au nom des Etats confédérés de Lucerne, Zurich, Berne, Uri, Unterwald, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle, Schaffhouse, Appenzell, St. Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais et Genève. 12 décembre 1825 - 13 mai 1826 ³.

¹ Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse. Traduction faite par ordre de la Diète. Tome I (Wolfrath Neuchâtel 1832) page 418. Edition originale, Tome I page 390.

² R. O. 19 p. 117.

³ Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse. Traduction faite par ordre de la Diète. Tome II (Zurich 1834) page 190. Edition originale, Tome II, p. 136.

Art. 1. Le Gouvernement du Royaume du Wurtemberg et les gouvernements des cantons qui prennent part à la présente convention reconnaissent réciproquement la compétence du Tribunal du domicile pour toute action relative à la faillite.

Art. 2. Dans tous les cas de faillite, qu'il s'agisse de créances hypothécaires ou non, privilégiées ou non privilégiées, les habitants du Royaume de Wurtemberg et ceux des cantons suisses ci-dessus désignés, seront traités et colloqués d'après les mêmes règles, c'est-à-dire que les ressortissants de l'un de ces Etats seront traités sur le pied de la plus parfaite égalité avec les ressortissants de l'autre, chacun étant colloqué d'après la nature de sa créance, comme les lois du pays le décident pour les nationaux eux-mêmes.

Art. 3. A compter du jour de l'ouverture de la faillite, il ne pourra être fait réciproquement aucune saisie des biens du débiteur failli qu'au profit de la masse.

Art. 4. Tous les biens, meubles ou immeubles, du débiteur failli dans quelque Etat qu'ils soient situés appartiendront à la masse.

Art. 5. Cependant, lorsqu'un créancier aura une hypothèque juridique spéciale, un privilège encore supérieur sur un bien meuble situé hors de l'Etat où la faillite est ouverte ou qu'il aura reçu en gage un bien meuble, il pourra faire valoir ses droits sur le bien affecté à sa créance devant le juge et suivant les lois de l'Etat ou le dit bien se trouve.

Si, après le paiement du créancier, il existe une plus-value, elle profitera à la masse pour être distribuée aux autres créanciers, d'après les lois du lieu de discussion de la faillite.

Art. 6. La présente convention est obligatoire, d'une part, dans toute l'étendue du Royaume de Wurtemberg, d'autre part, dans chacun des Cantons dont les noms sont mentionnés dans le préambule.

Note. — Neuchâtel a informé que la législation de son Canton en matière hypothécaire ne lui permettait pas d'accéder à la Conven-

tion, mais qu'il était disposé à traiter les Wurtembergeois sur le pied de la plus complète réciprocité dans ce sens que, lorsque des faillites viendront à être ouvertes dans le Royaume de Wurtemberg, les créanciers neuchâtelois devront être assimilés aux créanciers wurtembergeois et vice versa les créanciers wurtembergeois devront être dans l'Etat de Neuchâtel aux mêmes droits que les nationaux eux-mêmes.

Schwytz fit une même déclaration.

Glaris n'accéda à la Convention qu'en 1859 ¹.

III. *Bavière.*

Convention entre la *Bavière* (déclaration du 11 mai 1834) et le Directoire de la Confédération suisse (déclaration du 27 juin 1834) au nom des Cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Unterwald, Fribourg, Soleure, Bâle, Schaffhouse, Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Appenzell Rhodes Extérieures (Uri et Zoug ont adhéré subséquemment) ².

Le Directoire de la Confédération suisse déclare : « Que dans les cas d'ouverture de faillite et de concours juridique, les ressortissants du Royaume de Bavière seront, relativement au concours et à la collocation de leurs créances, admis aux mêmes droits que les ressortissants de chacun des Cantons suisses contractants et que, du moment de la déclaration de faillite, il ne sera disposé dans les dits Cantons ni par saisie-arrêt, ni d'autre manière, des biens mobiliers du failli au détriment de la masse. Bien entendu que le même droit de concours et de collocation sera assuré en Bavière aux ressortissants de ces dits Cantons et que, en général, à dater de la déclaration d'une faillite, il n'y sera disposé ni par saisie-arrêt, ni d'autre manière des biens mobiliers du failli au détriment de la masse. »

¹ R. O. anc. Série VI p. 368.

² Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse. Traduction faite par ordre de la Diète. Tome II (Zurich 1834) p. 421. Edition originale Tome II p. 328.

Suit une déclaration libellée dans les mêmes termes du Royaume de Bavière envers les ressortissants des Cantons sus-nommés.

IV. *Royaume de Saxe.*

Convention entre le *Royaume de Saxe* et la Confédération suisse au nom des Cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwytz, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle, Schaffhouse, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Appenzell Rhodes Extérieures¹. Cette convention se compose de deux déclarations :

Déclaration de la Confédération du 4 février 1837.

Art. 1. Dans tous les cas de faillite survenant dans l'un ou l'autre des Etats, soit qu'il s'agisse de dettes hypothécaires ou de dettes courantes, de dettes appartenant à une classe privilégiée ou à la classe générale, les ressortissants du Royaume de Saxe et ceux des Cantons dénommés jouiront entre eux d'une parfaite égalité de droit, c'est-à-dire qu'ils seront traités et colloqués de manière que les ressortissants d'un des Etats aient à concourir en parité avec ceux de l'autre Etat selon la nature de leurs titres et de la même manière que les lois du pays le prescrivent pour les nationaux eux-mêmes.

Art. 2. La présente convention a force obligatoire d'un côté pour toute l'étendue des Etats du Royaume de Saxe, et de l'autre pour les Cantons confédérés, dont les noms sont mentionnés dans le préambule.

Art. 3.

Suit une déclaration identique du Royaume de Saxe en date du 18 février 1837.

§ 54. *Applicabilité de ces traités*²

Les traités conclus avec le Wurtemberg, la Bavière et la Saxe,

¹ Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse. Traduction faite par ordre de la Diète. Tome III (Berne 1841) p. 77. Edition originale Tome III p. 49.

² Meili § 69 et suiv. Seuffert p. 34. Roguin 600 et suiv.

sont-ils encore en vigueur ? Ils ont été conclus par la Suisse, mais au nom de certains Cantons. Ces derniers étaient libres d'accéder ou non à la Convention. Certains Cantons n'ont pas adhéré. Les Cantons étaient du reste libres de conclure des Traités de cette nature sans passer par l'intermédiaire de la Confédération.

En 1816, le Canton de Zurich conclut un traité relatif à la faillite avec le prince Hohenzollern-Heckingen¹; de même, le Canton de Saint-Gall, en 1819, avec la Principauté de Hohenzollern-Sigmaringen², avec l'Autriche³ en 1842 et avec la ville d'Hambourg⁴ en 1861.

Les Cantons étaient donc souverains en cette matière lors de la conclusion de ces traités et les traités conclus ne concernaient que les Cantons qui adhéraient, à l'exclusion des autres. Le simple fait que le Gouvernement Fédéral a servi d'intermédiaire pour la conclusion de ces traités ne signifie pas que ces traités aient été conclus par la Confédération. Au contraire, les Etats souverains qui ratifièrent ou ne ratifièrent pas ces Conventions étaient les Cantons.

Par la Constitution de 1848, les Cantons abandonnaient le droit de traiter avec l'étranger, sauf en matière d'économie publique, de rapports de voisinage et de police (art. 9). Par contre, entre eux, les Cantons conservaient le droit de conclure des Conventions sur des objets de législations (art. 7). La Constitution de 1848 transformait une Confédération d'Etats en un Etat fédératif monopolisant à son profit le droit de conclure des traités avec l'étranger. Doit-on en déduire que les traités conclus antérieurement par les Cantons ne sont plus valables ?

En Allemagne, les Etats qui contractèrent avec les Cantons suisses

¹ Nouveau recueil des lois et ordonnances du Canton de Zurich 1821 p. 419.

² Recueil des lois du Canton de St. Gall VI p. 244.

³ id. p. 235.

⁴ id. p. 187.

ont aussi perdu leur souveraineté et ne peuvent plus conclure avec l'étranger ¹.

Seuffert se plaçant au point de vue du droit allemand déclare ² que les traités conclus antérieurement par les Etats allemands sont abrogés par l'entrée en vigueur de la loi sur la faillite car la législation impériale en matière de faillite prime le droit de ces Etats même s'il repose sur un traité ³.

En Suisse, par contre, on admet qu'un traité est applicable tant qu'il n'a pas été dénoncé et le T. F. a considéré que le Traité avec le Grand Duché de Bade (antérieurement à la dénonciation) était en vigueur malgré son inobservation par les tribunaux badois ⁴.

Ces traités entre cantons suisses et Etats allemands sont considérés en Suisse comme en vigueur, en Allemagne, comme abrogés, et en fait ne sont appliqués ni en Suisse, ni en Allemagne.

Lorsque le T. F. eut considéré que le Traité avec le Grand Duché de Bade était encore en vigueur, la Confédération dénonça le traité. C'était sanctionner un état de fait. Nous ignorons les raisons qui ont empêché la Confédération de dénoncer les autres traités. Le sort de ces derniers est fixé. Les tribunaux ne peuvent vaincre la force d'inertie. En déclarant que l'un de ces traités est applicable, ils ne peuvent que provoquer la dénonciation.

Les tribunaux doivent-ils vraiment toujours considérer en vigueur un traité qui n'a pas été dénoncé ?

¹ Art. 6. Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919. « Das Reich hat die *ausschliessliche* Gesetzgebung über : 1^o die Beziehung zum Ausland. » De même l'art. 78 : Die Pflege der Beziehung zu den auswärtigen Staaten ist *ausschliesslich* Sache des Reichs. En outre, l'art. 13 : Reichsrecht bricht Landrecht » est appliqué en Allemagne, qu'il s'agisse de la législation interne des « Länder » ou des traités conclus par eux avec l'étranger.

² Konkursprozessrecht p. 34.

³ Cf. § 4 et suiv. « Gesetz betreffend die Einführung der K. O. 10 Febr. 1877 et art. II et s. Einführungsgesetz zu dem Gesetze betreffend Aenderungen der Konkursordnung vom 17 Mai 1898.

⁴ A. T. F. 30 I 91, 34 I 530, 27 I 519 in fine.

Il arrive fréquemment qu'une loi ou certaines dispositions d'une loi tombent en désuétude. Il n'est pas nécessaire de rechercher bien loin. Dans le Canton de Neuchâtel, par exemple, le Code des lods de 1842 est appliqué en matière de transactions immobilières. Certaines règles de ce code ne sont plus appliquées bien qu'elles n'aient jamais été abrogées. Aussi, l'autorité a jugé bon, lors de la réimpression du Code, de faire précéder le texte de cet avis : Les règles N^o 12, 13, 39 à 46, 55, 56, 58 à 69, 72, 73, 75 et 76 sont tombées en désuétude.

Est-il admissible qu'un traité international puisse tomber en désuétude ?

Nous n'avons connaissance que d'une seule décision relative à cette question. C'est celle du Sénat d'Hambourg¹ (dans la cause Yuille-Schortridge et Cie intéressant un litige entre l'Angleterre et le Portugal) qui a admis la fin des traités par désuétude lorsqu'ils ne sont plus invoqués par les Etats eux-mêmes, mais non pas lorsqu'ils ne le sont pas par des particuliers.

La question de la désuétude des traités ferait à elle seule l'objet de tout un ouvrage. Elle est fort délicate et loin d'être résolue. Le cadre de ce travail ne nous permet pas d'entrer dans de longs développements. Nous nous bornerons à constater que la décision du T. F. déclarant en vigueur le traité conclu avec le Grand Duché de Bade a provoqué la dénonciation de ce traité. Il est certain qu'il en sera de même avec les autres traités, si leur validité devait être reconnue par les Tribunaux.

Dès lors ne faut-il pas considérer que la place de ces traités est dans l'Histoire et qu'il serait vain de vouloir les en sortir ?

C'est notre avis et nous ne nous attarderons pas davantage à l'examen de ces traités.

¹ Recueil des Cours de l'Académie de la Haye. Mac'Nair. Terminaison et dissolution des traités 1928 II p. 465.

CHAPITRE XIV

Traités conclus par la Confédération

§ 55. **Traité italo-suisse, de 1868** ¹

Le traité italo-suisse ne stipule pas l'unité de la faillite. Il se borne à stipuler l'égalité de traitement des créanciers suisses et italiens et certaines dispositions relatives aux hypothèques ².

La question qui se pose est de savoir si l'art. 8 de ce traité est applicable seulement en cas de faillite d'un Suisse en Suisse ou d'un Italien en Italie ou également d'un Italien en Suisse et d'un Suisse en Italie.

De ce que certains droits sont reconnus aux créanciers italiens dans la faillite d'un Suisse, déclarée en Suisse, peut-on en déduire que ces droits leur sont reconnus à *fortiori* dans la faillite en Suisse d'un Italien ? Nous ne le croyons pas. Le texte nous paraît formel. Il eut été facile de dire « dans toute faillite ouverte en Suisse ». Mais le texte spécifie « lorsqu'un Suisse viendra à être déclaré en faillite en Suisse » et « les mêmes dispositions sont applicables en Italie envers les créanciers d'un Italien ».

¹ Traité d'établissement entre l'Italie et la Suisse de 1868. R. O. anc. série, Tome 9 p. 624 art. 8 : Lorsqu'un citoyen suisse possédant des biens sur le territoire de la Confédération viendra à être déclaré en faillite ou banqueroute, les créanciers italiens, s'il y en a, seront admis à faire valoir leurs hypothèques sur le même pied que les créanciers hypothécaires suisses et ils seront payés sans distinction sur les dits biens suivant le grade et l'ordre de leurs inscriptions.

Les créanciers chirographaires, ainsi que les simples créanciers, seront traités sans distinction qu'ils appartiennent à l'un ou l'autre des deux pays, en conformité des lois en vigueur en Suisse.

Les mêmes dispositions seront appliquées en Italie envers les Suisses créanciers hypothécaires, chirographaires ou simples créanciers d'un Italien déclaré en faillite ou banqueroute qui possède des biens sur le territoire du Royaume.

² Meili § 71.

La restriction nous paraît formelle et nous considérons l'art. 8 du traité comme applicable en Suisse uniquement en cas de faillite d'un Suisse.

Les créanciers hypothécaires devront être payés suivant le grade et l'ordre de leurs inscriptions. Il résulte de cette disposition que les créanciers doivent se conformer aux prescriptions de la *lex rei sitae* relatives à la constitution d'hypothèque.

Le traité parle de créanciers chirographaires et de simples créanciers. Il ne mentionne pas les créanciers bénéficiaires d'un gage mobilier. Néanmoins de l'esprit du traité, il résulte qu'ils doivent être traités sans distinction de nationalité.

Comme le traité ne stipule pas l'unité de la faillite, et comme il n'est pas applicable non plus en cas de faillite d'un Italien en Suisse, nous sommes dispensés d'examiner la situation de la femme italienne, lorsque la faillite est prononcée en Suisse alors que le for général de poursuite (domicile) est en Italie. C'est le droit commun qui est applicable.

Cet art. 8 a été fait dans l'intérêt des créanciers. Il ne peut être invoqué par le débiteur ¹.



¹ A. T. F. 20 p. 829 cons. 1.

DEUXIÈME PARTIE

Du traité franco-suisse

§ 56. Texte (extraits)

*Traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile*¹.

Art. 6. La faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, et, réciproquement, celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en France pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France.

La production du jugement de faillite dans l'autre pays donnera au syndic ou représentant de la masse, après toutefois que le jugement aura été déclaré exécutoire conformément aux règles établies en l'art. 16 ci-après, le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans ce pays.

En ce cas, le syndic pourra poursuivre contre les débiteurs le remboursement des créances dues au failli²; il poursuivra également, en se conformant aux lois du pays de leur situation, la vente des biens meubles appartenant au failli.

Le prix des biens meubles et les sommes et créances recouvrées par le syndic dans le pays d'origine du failli seront joints à l'actif de la masse chirographaire du lieu de la faillite et partagés avec cet actif, sans distinction de nationalité, entre tous les créanciers, conformément à la loi du pays de la faillite.

Quant au prix des immeubles, la distribution entre les ayants

¹ R. O. anc. série Tome 9 p. 880.

droit sera régie par la loi du pays de leur situation ; en conséquence, les créanciers français ou suisses qui se seront conformés aux lois du pays de la situation des immeubles pour la conservation de leurs droits de privilège ou d'hypothèques sur les dits immeubles, seront, sans distinction de nationalité, colloqués sur le prix des biens, au rang qui leur appartiendra d'après la loi du pays de la situation des dits immeubles.

Art. 7. Les actions en dommages, restitution, rapport, nullité et autres qui, par suite d'un jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement reportant l'ouverture de la faillite à une époque autre que celle primitivement fixée, ou pour toute autre cause, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la contestation ne porte sur un immeuble ou un droit réel et immobilier.

Art. 8. En cas de concordat, l'abandon fait par le débiteur failli des biens situés dans son pays d'origine et toutes les stipulations du concordat produiront, par la production du jugement d'homologation déclaré exécutoire conformément à l'art. 16, tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite.

Art. 9. La faillite d'un étranger établi, soit en Suisse, soit en France et qui aura des créanciers suisses et français et des biens situés en Suisse et en France, sera, si elle est déclarée dans l'un des deux pays, soumise aux dispositions des art. 7 et 8.



CHAPITRE XV

Champ d'application du traité

Le traité franco-suisse s'applique également à l'Alsace et à la Lorraine, de même qu'à l'Algérie et à la Tunisie.

§ 57. Personnes physiques ¹

Comme l'a si bien fait remarquer Roguin ², une interprétation littérale des diverses dispositions du traité franco-suisse conduirait à des solutions tout-à-fait opposées à celles visées par les Hautes Parties Contractantes, à des conflits irréductibles de for, de compétence et à la pluralité de faillites. Il s'agit donc d'interpréter ce traité en conciliant l'esprit avec le texte.

De l'alinéa 2 de l'art. 6, on peut déduire, malgré de nombreuses dispositions contradictoires, que le traité a entendu stipuler l'unité de la faillite. La doctrine unanime, la jurisprudence française et la jurisprudence suisse l'admettent.

Aux biens de quel débiteur le principe de l'unité de la faillite est-il applicable ? Exception faite des personnes mentionnées à l'alinéa premier de l'art. 6, le traité est absolument muet quant aux personnes qui sont sujettes à la poursuite par voie de faillite. Est-il applicable à tous les Suisses et Français possédant des biens en Suisse et en France, ou à tous les Français domiciliés en Suisse et à tous les Suisses domiciliés en France ou seulement aux Suisses ou Français possédant un établissement de commerce dans le pays contractant dont ils ne sont pas nationaux (art. 6 al. 1) ?

¹ Meili § 72 Roguin § 609 sq. 632 sq. Curti p. 128, Pillet II N° 794, Lyon Caen et Renault VIII N° 1323.

² Roguin 619 sq.

Le message du Conseil fédéral du 28 juin 1869¹ paraît admettre que les articles 6 et suivants de la Convention s'appliquent en Suisse à tous les Français commerçants ou non commerçants. Mais ce message n'a pas force de loi. Ce n'est qu'une opinion². Selon Pillet³ « le traité s'appliquerait-il même à la faillite des non commerçants qui est généralement reçue en Suisse ? Nous ne le pensons pas. Un traité relatif à la juridiction ne doit pas modifier nos conceptions françaises sur les personnes pouvant être mises en faillite ».

En effet, la Convention ne détermine pas le mode de poursuite contre le débiteur. S'il n'est pas soumis à la faillite d'après la loi interne, il ne pourra se voir appliquer ce mode de poursuite pour la seule raison qu'il est Suisse ou Français ou possède des biens en Suisse et en France.

Le jugement étant rendu, aura-t-il les effets mentionnés à l'art. 6, ou cet art. n'est-il applicable qu'aux faillites des personnes indiquées à l'alinéa premier de cet art. ? Ou, la question posée sous une autre forme : le premier alinéa de l'art. 6 entend-il restreindre la portée de la convention en matière de faillite aux seules personnes mentionnées à cet alinéa, ou se borne-t-il à une simple détermination de for pour une catégorie de personnes ? Le traité est si pauvre en données précises que l'on se demande vraiment si pauvreté n'est pas vice. Le considérant du T. F.⁴ que « l'art. 6 de la Convention a entendu consacrer d'une manière générale, et non pas seulement dans le cas spécial indiqué à son alinéa premier, dans les relations entre les deux pays, le principe de l'unité de la faillite, comme aussi de la liquidation judiciaire qui n'en est qu'une modalité », ne peut viser que l'extension de l'application de l'art. 6 aux modalités de la faillite, mais ne saurait être interprété comme étendant l'application

¹ Feuille fédérale 1869 II p. 510 sq.

² Partagée par Curti 128. Contra Roguin § 610.

³ N° 794 p. 917.

⁴ A. T. F. 35 I p. 592.

de cet art. 6 à d'autres personnes que celles mentionnées au premier alinéa.

Malgré le terme de résidence, l'art. 6 doit être interprété comme instituant compétent le for de l'établissement de commerce. Quoique, littéralement, le Traité stipule tout le contraire, la jurisprudence de notre T. F.¹ admet avec raison que le Traité consacre le principe de l'unité de la faillite, soit de la force attractive de la faillite prononcée au lieu du principal établissement.

C'est donc l'établissement de commerce qui détermine le for. Or, le Traité ne stipule aucun autre for général de faillite. Il est inconcevable qu'un traité stipule l'unité de la faillite sans déterminer le for. Puisque plusieurs masses doivent être réunies en une seule, le premier point à fixer est le lieu où cette fusion doit avoir lieu. Est-ce au lieu où se trouve la plus grande partie des biens ? Est-ce au domicile ? Et si le débiteur n'a pas de domicile ni en Suisse ni en France, mais possède des biens sur ces deux Etats ?

Evidemment que si le Traité stipulait expressément l'unité de la faillite aux biens situés dans les deux pays pour tous les nationaux de ces deux Etats qui auront été déclarés en faillite, nous serions contraints de nous incliner et de déterminer les fors, mais, comme cela n'est pas, nous ne pouvons admettre que le Traité soit applicable dans d'autres cas que ceux où le for est déterminé. Or, puisque seul le for de l'établissement de commerce est stipulé par le Traité, ce dernier ne peut être applicable qu'aux seuls débiteurs possédant un établissement de commerce.

Un traité international, ayant pour but d'aplanir les conflits résultant de l'application de lois de différents pays, il va de soi qu'il ne saurait être appliqué lorsque seules les lois d'un pays sont applicables, ce qui sera le cas, lorsque, par exemple, un Français domicilié en Suisse, possédant un établissement de commerce en Suisse,

¹ A. T. F. 22 décembre 1923 J. d. T. 1924 p. 188.

mais aucun bien en France, viendra à être déclaré en faillite. Seules les lois suisses lui seront applicables et les fors spéciaux mentionnés dans le Traité ne le concernent, ni les créanciers, ni les tiers, quand bien même ils seraient domiciliés en France.

Un tel débiteur ne pourra donc être déclaré en faillite en Suisse que s'il est inscrit au Registre du Commerce.

Il faut remarquer, en outre, que le Français domicilié en Suisse et ayant un établissement de commerce en France sans en avoir en Suisse, de même que le Suisse domicilié en France et ayant un établissement de commerce en Suisse sans en avoir en France, ne sont pas mentionnés à l'alinéa premier de l'art. 6.

Néanmoins, cette omission doit être considérée comme une erreur de rédaction, et, comme d'une manière générale, le Traité stipule le for de l'établissement de commerce, nous pouvons admettre que dans ces cas spéciaux, le for étant déterminé, le traité est applicable.

En résumé, nous ne croyons pas être trop rigoureux, ni dépasser les limites fixées par la Convention, en admettant que le traité est applicable à tous les Suisses ou Français possédant un établissement de commerce dans l'un des deux pays, pourvu qu'ils aient des biens dans les deux pays ou, s'ils ne possèdent des biens que dans l'un de ces Etats, qu'ils soient domiciliés dans l'autre. Il n'est donc pas nécessaire que le débiteur suisse ou français possédant un établissement de commerce en Suisse ou en France et des biens dans ces deux pays, soit domicilié en Suisse ou en France. Mais il faut qu'un tel débiteur soit soumis à la poursuite par voie de faillite, selon la législation interne de l'un des deux Etats. (Cf. art. 6, al. 2.)

Le Traité est inapplicable au débiteur qui n'a ni domicile ni établissement commercial, ni biens dans l'un des deux Etats.

Il est également inapplicable à tous les débiteurs qui n'ont pas d'établissement de commerce ni en Suisse, ni en France, quand bien même ils posséderaient des biens dans les deux Etats et seraient soumis à la poursuite par voie de faillite.

Nous sommes d'accord avec Roguin¹ que le terme d'établissement de commerce doit être interprété dans un sens très large, mais nous ne pouvons nous rallier à son opinion que c'est la loi de l'Etat de la faillite (c'est-à-dire de l'Etat où se formera la masse unique) qui décidera de la nature commerciale de l'établissement. Comme nous le verrons plus loin à propos du for, le *Traité Franco-Suisse* ne s'oppose pas à ce que la faillite soit déclarée au for de l'établissement de commerce quand bien même un établissement dans l'autre pays paraîtrait être principal, tant que la faillite n'a pas été déclarée à ce for. Comme on ignore si une faillite sera déclarée à ce dernier for, donc si l'autre Etat sera l'Etat de la faillite, on ne peut prendre cette loi en considération. C'est au regard de la loi française qu'il faudra résoudre la question de savoir si l'établissement situé en France est un établissement de commerce et au regard de la loi suisse celle de l'établissement situé en Suisse.

En Suisse, l'inscription au *Registre du Commerce* n'a pas pour effet de donner le caractère commercial à un établissement. Devra être considéré comme établissement de commerce, l'établissement de celui qui, selon l'art. 865, al. 4 C. O., est tenu de se faire inscrire, que l'inscription ait eu lieu ou non.

§ 58. Personnes juridiques

La nationalité d'une personne morale est indépendante de celle des personnes qui la composent. De plus, on ne conçoit pas qu'une société qui n'a pas la personnalité puisse avoir une nationalité. Néanmoins, nous avons en Suisse certaines sociétés (en nom collectif et en commandite) qui ont de nombreux attributs de la personnalité, capacité d'ester en justice, par exemple, et qui peuvent être mises en faillite².

Ces sociétés doivent être assimilées aux personnes morales, car

¹ § 610.

² L. P. art. 39. N° 5 et 6.

si elles ne sont pas reconnues formellement comme telles, c'est parce qu'elles n'ont pas d'organes et que les associés sont personnellement responsables. Cependant, lorsque les actes de poursuite sont dirigés contre la société elle-même, celle-ci a tous les attributs de la personnalité. L'assimilation de ces sociétés aux personnes morales nous paraît donc logique.

Il résulte du Traité Franco-Suisse, en particulier de l'art. 9 que les Hautes Parties Contractantes ont voulu éviter les conflits qui pourraient résulter de la conclusion de traités par les deux Etats avec d'autres pays. L'art. 9 du Traité s'étend sans conteste aux personnes morales ; et la succursale dans l'un des deux Etats contractants d'une personne morale ayant son siège principal dans un tiers Etat doit être considérée comme « l'étranger soit en Suisse soit en France » mentionné à l'art. 9 et auquel le principe de l'unité de la faillite est inapplicable.

L'art. 6 de la Convention est donc applicable à toutes les personnes morales commerciales (sociétés en noms collectifs et sociétés en commandite y compris), ayant leur siège principal dans l'un des deux Etats et possédant des biens dans les deux Etats. Par contre, cet art. est inapplicable aux succursales de sociétés de tiers Etats pour autant qu'il aura été expressément stipulé qu'elles sont succursales et dépendantes.

Le seul fait cependant d'avoir été inscrites comme succursales ne suffit pas pour les considérer comme telles, si leur genre d'affaires est absolument différent de celui de l'établissement mentionné comme principal, ou, si leur genre d'affaires étant identique, leur existence est indépendante de celle de ce dernier.

C'est la nationalité du *débiteur* qu'il faut prendre en considération. La nationalité de la masse en faillite, qui n'est pas celle du débiteur, mais celle de l'Etat de la déclaration, ne concerne que les créanciers de la masse et non les créanciers du débiteur failli ¹.

¹ Cf. A. T. F. 33 I p. 791.

Si c'était la nationalité de la masse qui devait être considérée, l'art. 9 du Traité n'aurait aucune portée.

§ 59. Liquidation judiciaire et cessation de paiements

Le Tribunal fédéral a admis que le Traité était applicable, non seulement en cas de faillite proprement dite, mais également lorsque le débiteur avait été déclaré en état de cessation de paiements ou de liquidation judiciaire ¹.

Il va de soi que cette extension du Traité à d'autres modes de poursuites n'implique pas une extension à d'autres personnes que celles dont nous avons parlé aux § ci-dessus, de même que nous avons admis qu'il peut y avoir faillite du débiteur possédant des biens en Suisse et en France sans que le traité lui soit applicable.

En cas de concordat, la situation est réglée par l'art. 8. En comparant l'art. 8 à l'art. 9, on peut se demander si les dispositions de l'art. 8 sont applicables à d'autres personnes que celles auxquelles l'art. 6 peut être applicable.

L'art. 9 parle de l'étranger qui a des biens situés en Suisse ou en France. Il semble qu'à *fortiori* l'art. 8 soit applicable à tout débiteur suisse ou français qui possède des biens en Suisse ou en France. Cependant, nous verrons dans le § suivant la portée de cet article 9. Quant à la portée de l'article 8, nous devons remarquer : que cet article parle de l'*abandon* fait par le *failli* des biens situés dans son pays d'origine. Nous verrons au § 68 sur le for, que si les Hautes Parties Contractantes n'ont envisagé que l'hypothèse où le débiteur est mis en faillite, dans le pays qui n'est pas celui de son origine (cf. également cette expression à l'alinéa 4 de l'art. 6), ce n'est là qu'une des nombreuses imprécisions du Traité, qui ne doit pas être interprétée comme une restriction à la portée de la Convention.

¹ A. T. F. 46 I 168, 49 I 168; Trib. Genève 30 novembre 1927, J. d. T. 1928 Pp. 25.

Mais, l'abandon des biens ne se produit qu'en cas de concordat par abandon d'actif. Le début de l'article 8 doit être interprété comme devant signifier : « Lorsque les biens situés dans l'autre pays que celui où est homologué le concordat ont été pris en considération pour la fixation du dividende concordataire. » En cas de concordat par abandon d'actif, des biens situés dans l'autre pays ne peuvent rentrer dans la masse que lorsque l'art. 6 est applicable au débiteur, en cas de concordat ordinaire, on ne peut prendre en considération que des biens qui, en cas de faillite, pourraient être réalisés par la masse ; il en résulte que l'art. 8 ne peut être applicable à un débiteur auquel l'art. 6 n'est pas applicable.

L'art. 8 doit du reste être rapproché de l'alinéa 2 de l'art. 6 et ces deux dispositions concernent les mêmes débiteurs, l'al. 2 et les alinéas suivants de l'art. 6 étant applicables en cas de jugement de faillite et l'art. 8 en cas de jugement d'homologation de concordat.

§ 60. Débiteurs étrangers ¹

Leur situation est définie par l'art. 9, article aussi imparfait que les précédents qui, pour nous indiquer comment doit être réglée la faillite, renvoie, non pas à l'art. 6 ou e t traitée la faillite, mais à l'art. 7 qui traite de l'action paulienne et autres actions, et à l'art. 8 relative au concordat ! L'art. 9 ne renvoyant pas à l'art. 6, le droit de requérir l'application de la faillite aux biens situés dans l'autre Etat contractant que celui où est intervenu le jugement, n'existe plus. Le principe de l'unité de la faillite n'est donc plus reconnu ². Dans ces conditions, le renvoi à l'art. 8 est inconcevable. Notons d'abord que dans le cas particulier, l'expression de « biens situés dans le pays d'origine » devrait être entendue par

¹ Roguin § 658 et suiv., Brocher p. 73.

² Donc erroné l'A. T. F. 12 p. 111.

« biens situés dans l'autre Etat contractant que celui où est intervenu le concordat. » (Cf. § 59 ci-dessus concernant l'expression pays d'origine).

Quant à l'abandon des biens dont parle l'art. 8, il se fait toujours dans le cas du concordat par abandon d'actif au profit de la masse. Or, l'art. 6 étant inapplicable puisque l'art. 9 l'exclut, il ne peut y avoir un tel abandon. Du reste, l'art. 9 exige que le débiteur ait des biens en Suisse et en France et des créanciers suisses et français. Il y aura donc des poursuites dans les deux pays. Comment peut-il y avoir un seul concordat qui produise ses effets dans les deux pays alors que les poursuites s'opèrent à des fors différents. L'art. 6 étant inapplicable, il n'y a pas de for unique. Le montant total des dettes est donc inconnu.

Parfois, certains créanciers ne peuvent poursuivre leur débiteur qu'à un for. Ils ignorent peut-être tout ce qui se passe dans l'autre pays. Ils ne peuvent ainsi participer aux délibérations. Il n'y a du reste aucune mesure de publicité à l'autre for jusqu'à ce que le concordat homologué et rendu exécutoire apparaisse. Il est inadmissible qu'un concordat soit obligatoire à l'égard de créanciers qui ne peuvent poursuivre leur débiteur où intervient le concordat. La pluralité de faillite et l'unité de concordat sont incompatibles. L'art. 9 consacrant le principe de la territorialité de la faillite et celui de l'unité du concordat ne peut en cette matière recevoir aucune application pratique et doit être considéré comme inopérant.

Si cet art. 9 devait être considéré comme applicable en matière de concordat, il ne pourrait l'être, — puisqu'il renvoie à l'art. 8, — qu'à l'égard d'un débiteur qui, s'il était suisse ou français, pourrait invoquer cet art. 8.

Le Traité peut être invoqué, non seulement par le débiteur, mais encore par les créanciers lésés.

§ 61. Quelles personnes peuvent invoquer l'art. 7

Au premier abord, il semble que cet article ne concerne que les défendeurs à une action introduite à la suite d'une faillite prononcée conformément aux dispositions du Traité. Cependant, le renvoi de l'art. 9 à cet art. montre qu'il s'agit ici de toute faillite déclarée dans l'un des deux pays, que cette faillite soit réglée par les dispositions du Traité franco-suisse ou par celles de la législation interne des deux Etats.

§ 62. Traité franco-suisse et droit commun

Le Traité Franco-suisse stipule l'unité de la faillite. Il y aura donc application de ce principe lorsqu'une faillite aura été déclarée conformément à l'art. 6 du Traité. Cependant, une telle faillite ne déploie d'effets qu'en Suisse et en France. A l'égard des autres pays, le principe de la territorialité est applicable ; le droit français ¹, comme le droit suisse, consacre le principe de la territorialité. C'est donc l'unité de la faillite restreinte aux deux pays, qui est stipulée par le Traité. Il se peut que le for du principal établissement qui, selon le Traité doit être le for de la faillite, soit pour certains créanciers un for secondaire. Si ces créanciers ne peuvent invoquer le Traité, les règles relatives aux droits des créanciers selon le principe de la territorialité, s'appliqueront et la distinction entre for principal et for secondaire sera faite à l'égard de ces créanciers ². Dans une faillite ouverte conformément au Traité franco-suisse, l'application du principe de l'unité de la faillite sera restreinte au territoire des deux pays.

§ 63. Traité Franco-suisse et droit public

Le Traité ne règle que les conflits de droit commun et ses dispositions ne s'étendent pas aux relations de droit public. Le Traité est donc inapplicable à la faillite des Sociétés d'assurance en ce sens

¹ Cf. art. 14 C. civ. Despagnet p. 613.

² A ce sujet cf. § 13 de ce travail.

que les effets de la faillite ne peuvent s'étendre aux biens formant le cautionnement que ces Sociétés sont tenues de constituer en Suisse, conformément à la loi fédérale de 1919 sur le cautionnement des Sociétés d'assurance. En effet, la constitution de ce cautionnement, sans lequel ces Sociétés ne peuvent exercer leur activité en Suisse, de même que les droits des assurés sur ce cautionnement sont des questions de droit public suisse ¹.

Le Traité étant inapplicable, les biens formant ce cautionnement ne rentrent pas dans la masse et la poursuite en réalisation de gage, de la part des assurés, sera seule possible ².

§ 64. Traité Franco-suisse et autres traités conclus par la France

L'unité de la faillite peut s'étendre, non seulement aux biens situés en Suisse et en France, mais encore aux biens situés en Belgique, si le débiteur est un commerçant français auquel l'art. 8 du Traité Franco-belge est applicable ³.

Toutefois, les conflits qui résultent de l'application simultanée du Traité Franco-suisse et du Traité Franco-belge sont du ressort du droit international français, car nous ne croyons pas que la Belgique consentirait à verser dans la masse ouverte en Suisse, conformément au Traité Franco-suisse, des biens situés en Belgique. Ces conflits ne seront donc pas discutés dans ce travail.

¹ Cf. Meili § 72.

² Cf. A. T. F. 10 octobre 1922, J. d. T. 1922 Pp. 158.

³ Art. 8 § I. Le Tribunal du lieu du domicile d'un commerçant belge ou français dans l'un ou l'autre des deux pays, est seul compétent pour déclarer la faillite de ce commerçant. Pour les Sociétés commerciales françaises ou belges ayant leur siège social dans l'un des deux pays, le Tribunal compétent est celui de ce siège social.

Les commerçants des deux nations dont le domicile n'est ni en Belgique, ni en France, peuvent néanmoins être déclarés en faillite dans l'un des deux pays s'ils y possèdent un établissement commercial. Dans ce cas, le Tribunal compétent est celui du lieu de l'établissement.

§ 2. Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le Tribunal compétent, d'après les règles qui précèdent, s'étendent au territoire de l'autre.

Le Traité Franco-italien du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale ¹ stipule également l'unité de la faillite.



¹ Clunet 1931 p. 1280.

CHAPITRE XVI

De la capacité active et passive et des divers modes de poursuite

§ 65. De la capacité active et passive

I. Du débiteur.

Quelle loi détermine la capacité passive des personnes soumises au Traité Franco-suisse ? Le Traité est muet sur ce point. Ainsi que nous l'avons vu en droit commun, et pour les mêmes raisons, ce n'est pas la loi nationale qui détermine la capacité du débiteur et le mode de poursuite auquel il est soumis, mais la loi du for.

L'art. 10 de la Convention Franco-suisse¹ n'apporte aucune modification à la capacité passive du débiteur, mais seulement à celle de certains créanciers.

II. Des créanciers.

Le traité ne détermine pas la capacité active. De même que pour la capacité passive, c'est la loi du for qui détermine la capacité active.

L'art. 10 du Traité s'applique en Suisse à tous les mineurs et interdits français résidant en Suisse. Il ne stipule aucune restriction aux droits des tiers sur les biens du pupille ou de l'interdit, mais seule-

¹ La tutelle des mineurs et interdits suisses résidant en France sera régie par la législation de leur canton d'origine et, réciproquement, la tutelle des mineurs et interdits français résidant en Suisse sera régie par la loi française; en conséquence, les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de leur fortune pourront donner lieu, seront portées devant l'autorité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner.

ment aux relations entre tuteur et pupille, tuteur et Autorité Tutélaire, pupille et Autorité Tutélaire. L'art. 10 oblige ces différentes personnes à faire valoir leurs droits devant l'autorité compétente du pays d'origine. Ils pourront recourir en Suisse à l'exécution forcée pour obtenir l'exécution des droits que leur a reconnus l'autorité compétente, mais cependant, c'est la loi qu'appliquera cette autorité qui dira où, quand et jusqu'à quand, l'exécution de ces droits peut être exigée.

§ 66. Poursuite par voie de saisie et poursuite par voie de faillite ¹

L'alinéa premier de l'art. 6 du Traité franco-suisse détermine-t-il également le mode de poursuite à l'égard des personnes qui y sont mentionnées? Ainsi, la seule présence en Suisse de l'établissement de commerce suffit-elle pour que son propriétaire soit soumis à la poursuite par voie de faillite ou l'inscription au Registre du Commerce est-elle nécessaire? Nous croyons que si les Hautes Parties Contractantes ont employé l'expression « *pourra* être déclaré en faillite », c'est qu'elles n'ont pas voulu soumettre à la poursuite par voie de faillite des débiteurs non soumis à ce genre de poursuite par la loi de l'Etat où se trouve l'établissement. On ne peut pas admettre qu'en se servant du terme « *pourra* » et non « *devra* », les Etats contractants aient entendu laisser au juge le pouvoir de déclarer la faillite ou non, selon son libre arbitre. La seule explication plausible de l'emploi de ce terme est la faculté laissée aux Etats de déterminer le mode de poursuite à l'égard de débiteurs dont le for de la poursuite se trouve sur leur territoire.

Lorsque le débiteur aura été régulièrement déclaré en faillite dans l'un des Etats, les effets de la faillite s'étendront également aux biens situés dans l'autre Etat, en conformité de l'art. 6 al. 2. Tout

¹ Roguin § 610 et suiv. Curti p. 128, Lyon Caen et Renault VIII N° 1322, Pillet II N° 794.

autre mode de poursuite sera donc exclu contre ce débiteur quand bien même, selon la loi de ce second Etat, il ne serait pas soumis à la faillite ¹.

Ce dernier Etat ne pourra, en effet, refuser l'exécution du jugement, ainsi que l'exige l'art. 6 al. 2 pour autant que cette exécution ait été requise conformément à l'art. 16 et qu'il n'y ait aucun des motifs de refus énumérés à l'art. 17. Un jugement de faillite déploie ses effets autant à l'égard des créanciers qu'à l'égard du débiteur. Or, comme selon l'art. 191 L. P. un débiteur peut demander à être déclaré en faillite alors qu'il est soumis à la poursuite par voie de saisie, on ne peut considérer que les règles du droit public s'opposent à l'exécution en Suisse d'un jugement de faillite prononcé en France contre un débiteur soumis à ce mode de poursuite par la loi française, mais soumis en Suisse à la poursuite par voie de saisie. L'art. 17, ch. 3 du Traité ne peut donc être invoqué. Notons ici que l'application de la poursuite par voie de faillite provient de l'exécution d'un jugement et que ce jugement est absolument indispensable. Dès lors, ne peut être déclaré en faillite en Suisse un débiteur qui à teneur de la loi suisse est soumis à la poursuite par voie de saisie, par le simple fait qu'en France, il est soumis à la poursuite par voie de faillite, si le jugement déclaratif de faillite n'a pas été prononcé en France.

Quant à la procédure de faillite, elle est déterminée par la loi de l'Etat de la faillite.

Ce qui a été dit à ce §, ne concerne que le débiteur auquel les art. 6 et suiv. du Traité sont applicables.

§ 67. Poursuite en réalisation de gage ²

Le Traité interdit-il contre les personnes auxquelles les art. 6 et suivants sont applicables, la poursuite en réalisation de gage com-

¹ Opinion contraire Pillet II N° 794.

² Roguin § 648.

me constituant une dérogation au principe de l'unité et de la force attractive de la faillite ?

Le T. F. ¹ admet que l'art. 4 du Traité stipulant le for de la situation pour l'action réelle ou immobilière et pour l'action personnelle concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble, s'applique également en matière de poursuite. Le commandement de payer devrait être assimilé à une action judiciaire. Ce considérant ne nous satisfait pas, car nous ne pouvons admettre cette assimilation du commandement de payer à une action.

Il faut examiner si l'art. 6 paraît admettre ce mode de poursuite. L'alinéa 5 de l'art. 6 stipule : quant au prix des immeubles, la distribution entre les ayants-droit sera régie par la loi du pays de leur situation. De cette phrase, il résulte que le produit de la réalisation des immeubles ne rentre pas dans la masse, sinon on ne comprendrait pas cette individualisation. Cet alinéa parle en outre des créanciers « qui se seront conformés aux lois du pays de la situation des immeubles pour la conservation de leurs droits de privilège ou d'hypothèque sur les dits immeubles ». Or, un créancier pourvoira, généralement à la conservation de ses droits par des poursuites. Le créancier devant pour cette conservation se conformer aux lois du pays de la situation, il suffira en Suisse d'adresser les poursuites au for de la situation de l'immeuble conformément à l'art. 51 L. P.

Nous devons donc admettre que le Traité Franco-suisse autorise la poursuite en réalisation du gage immobilier. Il résulte également de cet alinéa 5 de l'art. 6 que pour les immeubles sis en Suisse, toute la procédure de poursuite est régie par la loi Suisse ².

De même qu'il l'a fait en matière d'actions mobilières (art. 1^{er}) et d'actions immobilières (art. 4), le Traité établit une distinction très nette entre la procédure de faillite relative aux meubles (art. 6

¹ A. T. F. 8 avril 1911, J. d. T. 1911 Pp. 306.

² Art. 151 et suiv. L. P.

al. 4) et celle relative aux immeubles (art. 6 al. 5). Alors qu'en matière immobilière, l'état de collocation s'établit selon la loi de la situation, en matière mobilière, c'est la loi du pays de la faillite qui est applicable. Cet alinéa 4 de l'art. 6 entend-il stipuler que c'est la loi du pays de la faillite qui déterminera l'étendue des privilèges mobiliers spéciaux des créanciers et de ce fait exclure l'application de toute autre loi relativement à l'étendue des droits des créanciers sur les meubles et institue-t-il une masse unique et une procédure unique ou autorise-t-il une procédure séparée ? Cet alinéa parle des biens qui seront joints à l'actif de la masse chirographaire. Par masse chirographaire, il faut évidemment entendre les biens qui seront affectés au paiement des créanciers chirographaires. Les biens affectés d'un gage ne rentrent dès lors, pas dans la masse. C'est donc que le *Traité* autorise une masse et une procédure séparées. Cependant, quelle loi régira cette procédure ? La loi de la faillite ? La loi du domicile du débiteur ? La loi du domicile du propriétaire du gage ? ou la loi du lieu de la situation ?

1^o Pour la première hypothèse, on peut faire valoir l'opposition marquée que le *Traité* franco-suisse a instituée entre la procédure relative aux meubles et celle relative aux immeubles. Ce dualisme résulte en particulier des alinéas 4 et 5 de l'art. 6. Alors que pour les immeubles l'Etat de collocation est dressé d'après la loi de la situation, pour les meubles, l'actif est partagé conformément à la loi du pays de la faillite.

Cependant, nous avons vu que cet alinéa 4 ne concerne que la masse chirographaire et que les biens affectés d'un gage ne rentrent pas dans cette masse. Doit-on, par analogie, appliquer la loi de l'Etat de la faillite à la procédure relative à l'exécution forcée sur les meubles grevés d'un droit de gage ? Nous ne le croyons pas. En effet, si l'alinéa 4 de l'art. 6 stipule l'application de la loi de l'Etat de la faillite, c'est que dans le cas visé à cet alinéa, la faillite a déjà été déclai-

rée et l'Etat de la faillite a été déterminé. Au contraire, la poursuite en réalisation du gage n'a pas pour effet de faire prononcer la faillite. Cette procédure peut coexister avec la procédure de faillite, comme elle peut aussi s'exercer sans qu'il y ait de faillite. L'Etat de la faillite n'étant pas déterminé, et au surplus, souvent difficilement déterminable, on ne peut parler de loi de l'Etat de faillite ; cette solution doit donc être exclue.

2° En faveur de la loi du domicile du débiteur, on peut invoquer la jurisprudence du T. F. qui assimile le commandement de payer à l'action judiciaire. Dès lors, l'art. 1^{er} du Traité franco-suisse serait applicable. Mais nous ne pouvons admettre cette assimilation. De plus, l'art. premier ne détermine que le for et non la loi applicable, ce qui est différent. Nous avons vu qu'il n'est pas nécessaire que le débiteur habite soit en Suisse soit en France, pour que le Traité soit applicable en matière de poursuite. En outre, l'art. 6 al. 1 a exclu le for du domicile au profit de celui de l'établissement de commerce. Nous ne pouvons donc admettre l'application de la loi du domicile du débiteur.

3° La loi du domicile du propriétaire du gage n'est pas nécessairement la même que celle du débiteur, attendu qu'un tiers peut avoir constitué le gage. Ce que nous avons dit ci-dessus vaut également pour le cas où le débiteur est propriétaire du gage. Lorsqu'un tiers a constitué le gage, l'art. 7 de la Convention peut-il être invoqué ? Ici encore, le texte parle d'actions contre des créanciers ou des tiers, et de contestations. Ainsi que nous l'avons déclaré ci-dessus, l'assimilation du commandement de payer à l'action judiciaire, comme l'admet le T. F., nous paraît inadmissible. Nous éliminerons donc cette solution.

4° Reste donc la loi de la situation du meuble. Au premier abord, cette solution paraît être en opposition avec l'esprit du Traité qui distingue très nettement les meubles des immeubles et ne paraît

prendre en considération le lieu de la situation, au moins en matière de for, que pour ces derniers.

Toutefois, l'alinéa 4 de l'art. 6 doit être considéré comme autorisant le traitement hors de la masse des biens grevés de gage. Dès lors, l'art. 6 al. 2 et 3 est inapplicable à l'égard de ces biens. Il n'y a donc aucune disposition qui autorise l'Office d'un des Etats à requérir l'application de l'exécution forcée à de tels biens situés sur l'autre Etat. En conséquence, chaque Etat est compétent, et seul compétent, pour appliquer ses propres lois au traitement de ces biens qui seraient situés sur son territoire. Ce n'est plus une question de droit international, mais uniquement de droit interne, sous cette seule réserve qu'une fois les créanciers gagistes payés avec le produit de la réalisation de ces biens, le solde éventuel de cet actif, n'étant plus grevé de droit de gage, doit rentrer dans la masse chirographaire, conformément aux dispositions du Traité.

Ainsi, la loi suisse est applicable à la poursuite en réalisation du gage se trouvant en Suisse.

Il n'y aura donc aucune distinction à faire entre personnes soumises ou non au Traité franco-suisse. Il suffit simplement que l'objet du gage se trouve en Suisse. Cependant le Traité franco-suisse ne tolère cette procédure que lorsque le droit de gage est spécial, c'est-à-dire ne s'applique qu'à des objets déterminés. Un droit de gage conventionnel ou légal sur tout ou partie d'un patrimoine ne peut s'exercer par cette procédure spéciale si les biens ne sont pas individuellement grevés.



CHAPITRE XVII

Du for de la poursuite¹

§ 68. Règle générale

La rédaction de l'art. 6 en particulier de l'al. 4 de cet article pouvait faire croire que les Hautes Parties Contractantes n'ont entendu viser que le cas où le débiteur possède un établissement dans l'autre pays que son pays d'origine. Mais, ce n'est là évidemment qu'un vice de rédaction qui ne peut restreindre la portée de la Convention.

Selon l'al. 1 de l'art. 6, la faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra être prononcée par le Tribunal de sa résidence en Suisse. Mais, selon la jurisprudence, le traité franco-suisse stipule l'unité et la force attractive de la faillite au lieu du principal établissement.

1^{er} cas. L'établissement principal est en Suisse.

Le for de la poursuite est celui de l'établissement principal. Peu importe que le débiteur ait déjà été déclaré en faillite en France. Ce sera à l'administration de la masse suisse de faire les démarches nécessaires afin que l'unité de la faillite soit respectée.

2^{me} cas. L'établissement principal est en France.

1. Le débiteur a été déclaré en faillite en France. Le for de la poursuite est celui de l'établissement principal en France.

2. Le débiteur n'a pas été déclaré en faillite en France. Rien n'empêche le créancier de poursuivre le débiteur, conformément

¹ Roguin § 617 et suiv. Curti p. 126 et suiv. Brocher p. 67 et suiv. Pillet II N^o 794.

à l'al. 1 de l'art. 6. La procédure sera poursuivie jusqu'à et y compris la distribution des deniers si un jugement de faillite n'est pas intervenu en France jusqu'alors. En effet, cette façon de procéder est conforme à l'art. 6 al. 1, et ne porte aucune atteinte au principe de l'unité de la faillite puisqu'il n'y a qu'une faillite. Ce for de l'établissement principal qui n'est pas mentionné dans la Convention mais qui, au contraire, déroge au for expressément stipulé, ne peut être invoqué que lorsque la faillite a été prononcée au for de l'établissement principal, pour infirmer la déclaration de faillite prononcée à un autre for et faire rentrer dans la masse principale les biens du débiteur. Toute autre interprétation nous paraît absolument exclue par l'al. 1 de l'art. 6.

Il est évident que le créancier a toujours le droit de poursuivre son débiteur au for du principal établissement.

3^{me} cas. Les deux établissements sont indépendants l'un de l'autre.

Un établissement n'est pas principal simplement par rapport à une succursale, mais aussi à un établissement de moindre importance, bien qu'indépendant. Mais, lorsque les deux établissements indépendants sont de même importance, le for, puisqu'il faut absolument n'avoir qu'un for, sera celui où est intervenue la première déclaration de faillite ¹.

4^{me} cas. Plusieurs établissements en Suisse.

De tous les établissements du débiteur en Suisse, comme en France, on déterminera l'établissement principal et la déclaration de faillite prononcée au for de ce dernier établissement déploiera ses effets tant en Suisse qu'en France. Jusqu'à cette déclaration, chaque établissement peut être poursuivi de façon distincte. Les dispositions de la loi suisse ordonnant la déclaration de faillite au siège de l'établissement principal ne concernent que l'établissement

¹ Cf. A. T. F. 17 février 1928, J. d. T. 1928 p. 221.

principal suisse par rapport aux autres établissements en Suisse. Il pourra donc y avoir déclaration de faillite au for de cet établissement, qui déploiera ses effets jusqu'à la déclaration de faillite au siège de l'établissement qui est principal par rapport à tous les établissements du débiteur en Suisse et en France.

Il s'agit de savoir maintenant ce que cet art. 6 al. premier entend par « résidence ». Il nous paraît que ce mot a été employé simplement pour éviter celui de domicile. En effet, le traité a voulu exclure ce dernier for au profit de celui du lieu où s'exerce le commerce. La résidence ici, est simplement le lieu où se trouve l'établissement.

En matière interne, il est admis par la jurisprudence du T. F. ¹ que la question de for est d'ordre public. Ce point de vue doit également être admis pour le Traité franco-suisse. Toutefois, lorsqu'un for cesse d'être compétent (deuxième cas, cf. ci-dessus), les actes qui ont été accomplis à ce for ne sont pas *ipso facto* nuls. Le for ayant été compétent pour procéder aux actes de poursuite, ces derniers sont valables pour autant qu'ils ne portent pas préjudice à la nouvelle masse. Les créanciers qui auront poursuivi ou produit, ne pourront être astreints à procéder à de nouvelles poursuites ou productions au nouveau for. La transmission des productions doit être faite d'office, de même que celle des biens réalisés. Les décisions judiciaires, régulièrement rendues et exécutoires, soit à l'égard des débiteurs, des créanciers, des tiers ou de l'ancienne masse, conservent leur autorité pour autant qu'elles statuent au fond sur l'existence ou l'étendue d'un droit.

§ 69. L'élection de domicile. Art. 3 du Traité ²

Cet art. 3 est applicable en Suisse à tout Français ou Suisse domicilié en France, qui a fait élection de domicile en Suisse.

¹ A. T. F. 41 III 347, J. d. T. 1923 Pp. 150.

² En cas d'élection de domicile dans un lieu autre que celui du domicile du défendeur, les juges du lieu du domicile élu seront seuls compétents pour connaître des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourra donner lieu.

La question qui se pose est de savoir si le for établi par cet art. concerne, non seulement les actions judiciaires, mais encore la poursuite.

Le T. F. a jugé¹ « Dans le Système de la L. P. suisse, le commandement de payer pour autant qu'il est fondé sur une prétention qui n'a pas encore été reconnue par un jugement et pour autant qu'il peut aboutir par une simple adhésion tacite du débiteur qui néglige de faire opposition, à une reconnaissance tout au moins provisoire de la dette (sous réserve de l'action prévue à l'art. 86 L. P.) doit pratiquement, et pour des motifs intrinsèques être assimilé à l'action judiciaire (voir dans ce sens Reichel, Archives II p. 173 et suiv.) »

Ce texte est si clair qu'il nous permet de nous rallier à l'opinion contraire sans argumenter beaucoup. Il considère la poursuite en tant qu'elle ne vise pas à l'exécution forcée. Or, le but de la poursuite est de procéder à l'exécution forcée d'une obligation établie.

De plus, le T. F. ne considère que le commandement de payer, sans tenir compte des actes de poursuite subséquents. Or, il est inadmissible qu'un office soit compétent uniquement pour notifier les commandements de payer, à l'exclusion d'autres actes.

Le fait que le débiteur néglige de faire opposition n'aboutit nullement à la reconnaissance de la dette ou à la fixation d'un droit. Cela est si vrai que l'art. 86 L. P. prévoit une action pour permettre au débiteur de répéter « une somme qu'il ne devait pas ensuite de poursuite restée sans opposition ».

Nous ne pouvons admettre qu'un commandement de payer soit assimilé à une action judiciaire.

Le texte de l'art. 3 « Les juges du lieu du domicile élu seront seuls compétents pour connaître des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourra donner lieu », n'a trait évidemment qu'aux actions judiciaires.

¹ A. T. F. 37 I p. 315, J. d. T. 1911 Pp. 309.

Les offices de poursuite n'ont pas pour fonction de *connaître* des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourra donner lieu. Bien plus, le seul cas où le T. F. assimile le commandement de payer à une action est celui où le débiteur a négligé de faire opposition.

Or, dans ce cas, il ne se présente justement aucune difficulté. De plus, l'art. 3 parle de juges et non d'offices de poursuite. Lorsque le débiteur qui a négligé de faire opposition n'est pas soumis à la poursuite par voie de faillite, aucun juge n'intervient.

Il est admis par la jurisprudence que le for en matière de faillite est d'ordre public. Le for expressément stipulé en matière de faillite par l'art. 6 ne peut donc être modifié.

Il en résulte :

1^o Que pour les débiteurs auxquels sont applicables les dispositions du traité franco-suisse en matière de faillite, l'art. 3 du Traité ne stipule aucune dérogation au for établi par l'article 6. Nous ne pouvons nous rallier aux considérants du T. F.¹ que le contenu de l'art. 50 al. 2 L. P. « n'est point contraire à la convention franco-suisse du 15 juin 1869, en tant que ce traité peut être considéré comme applicable au for de la poursuite ».

2^o Qu'aux débiteurs non soumis à l'art. 6 du Traité, l'art. 3 stipule une élection de domicile qui entraîne l'application de l'art. 50 al. 2 L. P. La Convention n'étant pas applicable à ces personnes en matière de poursuite, la loi suisse seule règle leur situation.

§ 70. For de la poursuite en réalisation de gage

Sur ce point, encore et toujours, le Traité est très pauvre en renseignements. L'art. 4 ne contient aucun terme qui puisse suggérer que les Hautes Parties Contractantes ont voulu en même temps régler la question de poursuite. Le protocole explicatif parle du propriétaire « actionné en justice », c'est tout. Nous ne pouvons donc nous rallier

¹ A. T. F. 34 I p. 416.

à la jurisprudence du T. F.¹, qui assimile le commandement de payer à l'action judiciaire.

On serait tenté de tirer comme conclusion des alinéas 3 et 5 de l'art. 6 que puisque le syndic ou représentant de la masse est compétent pour poursuivre la vente des immeubles, et pour dresser l'état de collocation, selon la loi de la situation, il doit être également compétent pour recevoir les réquisitions de poursuite. Toutefois, nous avons vu que le Traité autorise la procédure séparée en réalisation de gage et nous sommes parvenus à cette conclusion, que c'est la loi suisse qui détermine toute la procédure relative à cette poursuite, lorsque le gage est en Suisse. Tant à l'égard du débiteur auquel l'art. 6 du Traité est applicable qu'à tout autre débiteur, l'art. 51 L. P. sera applicable, avec cette réserve, que la loi suisse ne peut être applicable lorsque le créancier poursuit au domicile du débiteur et que ce dernier domicile n'est pas en Suisse.

Il est évident que la poursuite en réalisation de gage peut néanmoins avoir lieu contre les personnes visées par l'art. 6 au for général désigné par cet art. Dans ce cas, les alinéas 3 et 5 de l'art. 6 sont applicables.

§ 71. Changement de domicile

L'art. 53 L. P. s'applique aux personnes non soumises à l'art. 6 du Traité. Pour les personnes soumises à cet art., nous avons vu que le terme de « résidence » figurant au premier alinéa doit être interprété comme siège de l'établissement. Il n'y a donc pas de domicile à faire intervenir. La question se pose, dès lors, de savoir quels peuvent être les effets du changement du siège de l'établissement.

1^o Le siège de l'établissement en Suisse a été transporté hors de Suisse et il n'y a aucun autre siège en Suisse. La faillite pourra être déclarée en Suisse, pourvu qu'un acte de poursuite (même la

¹ En particulier à l'A. T. F. du 8 avril 1911, J. d. T. 1911 Pp. 306.

réquisition de poursuite seulement) ait été effectué alors que le siège de l'établissement était encore en Suisse et au for compétent d'après le Traité.

L'art. 40 L. P. stipulant que les personnes radiées du Registre du Commerce sont soumises à la faillite pendant 6 mois encore, n'est pas applicable ¹.

2^o Le siège de l'établissement a été transporté hors de Suisse, mais il reste en Suisse un autre siège.

3^o Le siège de l'établissement a été transporté dans un autre endroit de la Suisse. Nous avons vu que le Traité ne s'occupe pas de la pluralité de fors dans un des Etats, s'en remettant à la législation interne des Etats contractants pour la détermination du for unique.

En Suisse, l'art. 53 L. P. devra être appliqué par analogie au changement du siège de l'établissement. L'ancien for doit naturellement avoir été compétent au moment où les actes de poursuite antérieurs ont été exécutés.

§ 72. Du for de la poursuite contre une succession

L'art. 5 de la Convention concerne les actions relatives à la liquidation et au partage d'une succession. Cet article ne concerne donc pas seulement les actions en constatation de droit, mais aussi les actions visant à la réalisation des biens pour l'exécution des droits reconnus. Malgré l'analogie qu'il y a peut-être entre de telles actions et l'exécution forcée dans la poursuite, nous ne pouvons assimiler ces actions à une poursuite par voie de saisie ou de faillite. La situation des créanciers est la suivante : Si le de cujus n'était pas soumis à l'art. 6 du Traité franco-suisse, la loi suisse est applicable et l'art 49 L. P. fait règle.

¹ A. T. F. 2 juillet 1913, J. d. T. 1913 Pp. 126.

Si l'art. 6 était applicable au de cujus, il le sera également à sa succession, tant que l'unité de ses biens existe et qu'une seule masse peut être réalisée. Le for sera celui indiqué par l'alinéa 1 de l'art. 6 ¹.



¹ For de la poursuite après séquestre, voir § 83 et 84 ci-dessous concernant le séquestre. For de la poursuite pour effet de change cf. A. T. F. 9 juin 1908, J. d. T. 1908 Pp. 276.

CHAPITRE XVIII

Du jugement de faillite et de ses effets¹

§ 73. Généralités

Le jugement de faillite prononcé en France, n'aura d'effets en Suisse que s'il concerne le débiteur auquel les articles 6 et suivants du Traité franco-suisse sont applicables.

Pour permettre au syndic d'agir conformément à l'art. 6 al. 2 du Traité, le jugement de faillite français doit être revêtu de l'exequatur. Est-ce à dire qu'un tel jugement dépourvu d'exequatur n'aura aucun effet en Suisse? Il faut remarquer² que si un jugement dépourvu d'exequatur n'a pas la force exécutoire, il établit néanmoins la force de chose jugée. Cela suffit, selon nous, pour rendre incompétent tout autre for que celui de l'établissement principal où le jugement est intervenu. Le for étant en matière de faillite une question d'ordre public, le juge suisse devra d'office rejeter la réquisition de faillite, même dans le cas de 191 L. P.

L'exequatur d'un jugement français ne pourra être refusé lorsque la faillite aura été prononcée au for de l'établissement principal en France et conformément à la loi française.

Lorsque les établissements en Suisse et en France sont de même importance, l'exequatur ne pourra être refusé au jugement français intervenu antérieurement au jugement suisse.

Relativement aux effets que peut produire en Suisse un jugement

¹ Roger Secrétan dans J. d. T. 1928 p. 2 : « Des effets que peuvent produire en Suisse des jugements français de faillite; Roguin § 632 et suiv.; Curti p. 132, Brocher 68.

² Cf. Curti 132. Roguin § 635.

français de faillite avant l'exequatur, le T. F. a jugé¹ que le syndic de la faillite française peut invoquer l'autorité de la chose jugée avant d'avoir obtenu et même demandé l'exequatur du jugement ; il peut faire annuler ainsi toute poursuite intentée en Suisse et même faire révoquer la faillite prononcée en Suisse, car, si des créanciers pouvaient requérir l'exécution forcée des biens situés en Suisse jusqu'au jour où est accordé l'exequatur, le principe de l'universalité de la faillite, consacré par le Traité, resterait lettre morte.

Toutefois, le T. F. a considéré que ce droit compétait à la masse seule et que le débiteur ne peut invoquer une disposition édictée en faveur des créanciers seuls et qui aurait pour effet, lorsque le syndic ne fait pas rentrer les biens de la masse, de permettre au débiteur de se soustraire à toute mesure d'exécution forcée sur ces biens.

Nous ne pouvons admettre cette solution :

1) Parce qu'elle porte préjudice à la masse et favorise certains créanciers, car, la plupart du temps, si le syndic ne requiert pas l'application de la faillite aux biens situés en Suisse, c'est qu'il ignore que le débiteur possède des biens en Suisse.

2) Le principe de l'unité de la faillite n'est pas établi dans le seul intérêt des créanciers, mais aussi dans celui du débiteur. En effet, lorsque ce principe n'est pas observé, il est impossible au débiteur d'obtenir un concordat général. Il devrait alors demander deux concordats, ce qui présenterait pour lui de grandes difficultés en raison de la production de mêmes créances dans les deux masses.

Selon nous, le débiteur devra avoir le droit d'exciper de sa mise en faillite en France. Cette solution n'a pas pour effet de soustraire ses biens en Suisse à l'exécution forcée. Il suffit, en effet, que les créanciers se fassent céder à leur profit les droits de la masse lorsque

¹ A. T. F. 25 juin 1927, Spring c/ Gras, commenté par Roger Secrétan dans J. d. T. 1928 p. 2.

celle-ci se désintéresse des biens sis en Suisse ou qu'ils poursuivent leur débiteur après la clôture de la faillite ¹.

Pour agir conformément à l'art. 6 al. 2, le syndic doit avoir requis l'exequatur du jugement. Est-ce à dire qu'il doive être en possession de l'exequatur accordé par chaque canton où se trouvent des biens du débiteur ? Nous considérons toutes ces formalités comme par trop inutiles. L'art. 16 du Traité statue du reste expressément que la demande d'exequatur doit être formulée à « l'autorité compétente du lieu ou de *l'un des lieux* où l'exécution doit avoir lieu. » A teneur de l'art. 6 al. 2 l'exequatur accordée à *l'un des lieux* où l'exécution doit avoir lieu autorise le syndic à réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans « *ce pays* » et non dans ce lieu seulement. La législation interne relative à l'exécution des jugements ne peut déroger aux dispositions expresses d'un traité international. Une seule demande d'exequatur est donc nécessaire en Suisse ²

§ 74. Effets quant aux biens du débiteur

Les effets d'une faillite prononcée en Suisse conformément aux dispositions du Traité franco-suisse, sont régis par la loi du pays de la faillite. Le représentant de la masse, après avoir obtenu l'exequatur du jugement de faillite, poursuivra, mais en se conformant aux lois du pays de leur situation, la vente des biens meubles et immeubles appartenant au failli. Le Traité ne stipule donc pas la concentration matérielle des biens du débiteur ³. Mais, le prix des meubles et les créances recouvrées seront versés à la masse (art. 6 al. 4). Quant au prix des immeubles, il devra former une masse spéciale afin que la distribution puisse s'opérer conformément à l'art. 6 al. 5. L'excédent sera versé à la masse.

¹ Cf. le commentaire de cet arrêt par Roger Secretan dans J. d. T. 1928 p. 2.

² Contra Brocher 68, Roguin § 634.

³ Cf. Roguin § 639.

C'est la loi du pays de la faillite qui déterminera quels biens doivent rentrer dans la masse.

L'art. 6 al. 4, ordonne de ne pas s'occuper de la nationalité des créanciers. *A fortiori*, en est-il de même à l'égard du débiteur. Dès lors, lorsque la faillite aura été ouverte en Suisse, le débiteur, qu'il soit suisse ou français, domicilié en Suisse ou en France, pourra invoquer les art. 92 et 93 L. P., relatifs aux biens insaisissables. Lorsqu'il n'est pas domicilié ni en Suisse ni en France, les biens insaisissables seront ceux qui sont accordés au débiteur suisse domicilié à l'étranger ¹.

Lorsque la faillite aura été ouverte en France, les art. 469 ch. 1 et 474 Code com. seront applicables. Toutefois, lorsque le débiteur suisse sera domicilié en Suisse, l'ordre public s'oppose à ce que les biens situés en Suisse, qui sont reconnus insaisissables aux autres débiteurs suisses, lui soient enlevés.

Le juge commissaire pourra alors, cas échéant, réduire ou supprimer les secours alimentaires prévus à l'art. 474 Code Com. ².

Nous avons vu que le principe de l'unité de la faillite est consacré par le Traité franco-belge et le Traité franco-italien. Mais, s'il est possible de faire verser des biens situés en Belgique ou en Italie dans la faillite ouverte en France, nous ne croyons pas qu'il sera possible d'exiger le versement de biens en Belgique ou en Italie dans la masse suisse du failli français.

Ces conflits entre Traité franco-suisse et les autres traités conclus par la France ressortissent du droit international français. Ils dépassent le cadre de ce travail et n'y seront, par conséquent, pas traités.

§ 75. Effets quant aux droits des créanciers

C'est la loi de l'Etat de la faillite qui déterminera les effets de

¹ Cf. § 18 de ce travail.

² Cf. cependant art. 592 et 593 C. Proc. civ. français.

cette dernière quant aux droits des créanciers ¹. Lorsqu'une faillite a été ouverte au for d'un établissement de commerce et qu'une nouvelle faillite est déclarée au for de l'établissement principal, c'est la loi de ce dernier for qui sera applicable même à l'égard des créances produites à la première faillite.

C'est cette dernière loi qui déterminera l'admissibilité d'une créance, sans se préoccuper de savoir si la créance a été admise ou non par la masse formée à la suite d'une faillite déclarée antérieurement à un for autre que celui de l'établissement principal. Bien entendu, l'existence de la créance doit être examinée selon la loi applicable à l'obligation et non selon la loi de la faillite. Ainsi, lorsque la loi applicable à l'obligation est la loi française et que l'on se trouve en présence d'une dette de jeu valable selon l'article 1966 du Code Civil Français, le représentant de la masse suisse ne pourra écarter cette créance en invoquant l'art. 513 C. C. S., ou l'ordre public. De même, toutes les questions relatives à l'extinction de l'obligation sont à examiner selon la loi applicable à l'obligation (prescription, compensation). Cependant, la compensation jointe à la cession de créance ou à la reprise de dette ayant pour effet de désintéresser intégralement certains créanciers au détriment d'autres, rendrait absolument vaine toute la procédure tendant à une répartition équitable des deniers.

Puisque l'art. 6 al. 4 stipule que l'actif est partagé entre tous les créanciers conformément à la loi du pays de la faillite, il s'ensuit que les restrictions au droit de compenser établies par cette dernière loi pour permettre la répartition équitable des deniers sont applicables quelle que soit la loi régissant le rapport de droit.

La question de droits préférentiels rentre dans ce §. Cependant, elle est si importante, que nous lui consacrons un chapitre spécial.

¹ Cependant cf. les cas spéciaux que nous avons examinés au ch. VIII.

§ 76. De la revendication

Le Traité est absolument muet quant à la revendication. Notons cependant qu'en vertu de l'al. 2 de l'art. 6 du Traité, le syndic ne peut réclamer l'application de la faillite qu'aux biens que le failli « possédera » dans l'autre pays. Selon nous, le sens de « possédera » est « sera propriétaire » et non sera « possesseur ». Ce qui fait que seuls les biens dont le failli est propriétaire pourront rentrer dans la masse.

Les mêmes principes que nous avons adoptés lorsque nous avons traité la revendication en droit commun, seront applicables, soit :

1) La loi régissant le rapport de droit entre failli et revendiquant déterminera le droit de revendication du propriétaire, sous réserve des restrictions d'ordre public de la loi du pays de la faillite.

2) La loi du pays de la faillite déterminera le droit de revendication des créanciers non propriétaires. Cependant lorsqu'une de ces dispositions apparaîtra comme une conséquence des règles juridiques de ce pays applicables au rapport de droit, en matière de propriété¹, elle ne sera applicable que lorsque la loi régissant le rapport de droit aura des dispositions semblables².

3) Dans tous les cas, la procédure sera déterminée par la loi du pays de la faillite.

4) For : L'art. 7 est-il applicable à l'action en revendication ? Quoique cet article ne parle que des actions contre des créanciers et des tiers, nous le croyons applicable par analogie. Le for sera donc, soit celui du domicile du revendiquant, soit celui du siège de la masse, suivant que la procédure ordonnera à tel ou tel de se porter demandeur³.

¹ Cf. en droit commun notre § 40 ci-dessus.

² Cf. art. 574 et suiv. Code de Commerce Français.

³ Cf. art. 1 et suiv. du traité. Cependant A. T. F. 12 février 1914, J. d. T. 1914 Pp. 508.

§ 77. De l'action paulienne ¹

L'art. 7 du Traité ne parle que du for de l'action. Il ne dit rien quant au droit applicable. Nous ne croyons pas que l'on puisse considérer que la désignation du for implique l'application de la *lex fori*. La logique veut en effet, que ce soit la loi du pays de la faillite qui soit applicable. Nous nous référons à notre examen de la question en droit commun ². De l'alinéa 2 de l'art. 6, il résulte en effet que c'est la loi du pays de la faillite qui détermine quels biens rentrent dans la masse. Lorsque l'action sera introduite dans l'autre pays, que celui où est intervenue la faillite, le défendeur ne pourra donc soulever aucune exception tirée du fait que la loi du for de l'action ne connaît pas un tel cas d'action paulienne. La loi du pays de la faillite déterminera également qui a qualité pour intenter l'action.



¹ Roguin § 651; Brocher p. 72.

² Cf. § 41 de ce travail.

CHAPITRE XIX

Des droits de préférence¹

§ 78. Les droits de préférence de la loi française

L'al. 5 de l'art. 6 du Traité franco-suisse parlant de la conservation par les créanciers de leurs droits de privilège et d'hypothèque, ne peut être compris que si l'on a quelques notions du droit français en matière de droit de préférence.

Nous citerons donc ici ou résumerons les articles les plus importants du droit français traitant cette matière :

I. Privilège C. C. art. 2095 : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré à un autre créancier, *même hypothécaire*. »

Art. 2096. « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges (art. 2101).

Art. 2099. Les privilèges peuvent être sur les meubles ou sur les immeubles.

A. Privilèges sur les meubles.

Art. 2100. Les privilèges généraux ou particuliers sur certains meubles.

1) Privilèges généraux sur les meubles art. 2101. Ordre (article 2101).

¹ Perrier : Les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé p. 162 et suiv.

Travers : La faillite et la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux p. 285 et suiv.

Meunier-Dollfus : Les effets de la faillite et de la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux. Meili § 43, 44, 45, 46, 47, 48, 52, 72; Roguin § 640 et suiv. Brocher p. 70; Curti p. 136; Aujay p. 348; Boistel N° 1205 ch. 2.

1^o Frais de justice (C. C. 810 proc. 716, 777).

2^o Frais funéraires.

3^o Frais de dernière maladie (C. C. 2272).

4^o Salaire des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante (C. C. 1781, 2272) — s'étend aux ouvriers et commis (Loi du 4 mars 1889 et du 6 février 1895).

5^o Fournitures de subsistance faites aux débiteur et à sa famille pendant les 6 derniers mois pour les marchands en détail et pendant l'année pour maîtres de pension et marchands en gros (C. C. 1329, 2272).

2) Privilèges sur certains meubles art. 2102.

1^o Loyers et fermages pour tout ce qui est dû et à échoir sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme (C. C. 1717).

2^o La créance sur le gage dont le créancier est saisi (C. C. 2073 et suiv.).

3^o Frais pour la conservation de la chose (C. C. 1890, 1947 et suiv.).

4^o Prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en possession du débiteur (C. C. 1657). Ne pas confondre avec le droit de revendication (C. Com. 576).

5^o Fournitures d'un aubergiste sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge.

6^o Frais de voiture et dépenses accessoires sur la chose voiturée (C. C. 1788, com. 103, 106).

7^o Créances résultant d'abus et prévarication de fonctionnaires sur les fonds de leur cautionnement (C. C. 2098 C. Pénal 175 et suiv., 197 et suiv., 432).

B. *Privilèges sur les immeubles* (art. 2103).

1^o Le vendeur sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix (C. C. 2103).

2^o Ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition de l'immeuble (C. C. 1250, 1817, 1689 et suiv.).

3^o Les cohéritiers sur les immeubles de la succession pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes des retours des lots (C. C. 884).

4^o Entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers, employés pour édifier, construire ou réparer des bâtiments, ou autres ouvrages (C. C. 1798, 2110).

5^o Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers jouissent du même privilège (C. C. 1250, 1317 et suiv. 1689 et suiv., 2110).

C. Privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles.

Art. 2104. Les privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles sont ceux énoncés à l'art. 2101.

Art. 2105. Lorsqu'à défaut de mobilier, les privilégiés énoncés en l'art. précédent sont en concurrence avec les créanciers privilégiés sur les immeubles, le paiement se fait en l'ordre suivant :

1^o Privilèges de l'art. 2101.

2^o Privilèges de l'art. 2103.

Les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles que s'ils ont été inscrits — art. 2106. — Sont exceptées de la formalité de l'inscription les créances énoncées en l'art. 2101.

D. Privilèges maritimes.

Art. 190. C. Com. Les navires et autres bâtiments de mer sont meubles. Néanmoins, ils sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées.

Art. 191. Sont privilégiées et dans l'ordre où elles sont rangées, les dettes ci-après désignées :

1^o 11^o

Les créanciers compris dans chacun des numéros du présent

article viendront en concurrence et au marc le franc en cas d'insuffisance du prix.

Loi 10 juillet 1885. Les créanciers hypothécaires sur le navire viennent dans leur ordre d'inscription, *après* les créanciers privilégiés.

II. Hypothèque.

Art. 2114. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Art. 2116. Elle est légale ou judiciaire ou conventionnelle.

Art. 1^{er}, loi du 10 juillet 1885 modifiant celle du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime « Les navires sont susceptibles d'hypothèques » (cf. art. 2114 C. C.).

§ 79. Etude comparative du droit français et du droit suisse

Ainsi qu'on s'en aperçoit d'emblée à la lecture des textes reproduits ci-dessus, certains termes identiques dans les deux législations désignent des droits différents. Il s'agit donc de ne pas les confondre.

Comme nous l'avons vu en droit commun, la loi suisse (art. 219 L. P.) distingue deux grandes classes de droits.

1^o Les créances garanties,

2^o Les créances non garanties.

Ces créances se divisent elles-mêmes en :

a) Créances privilégiées,

b) Créances non privilégiées.

Le créancier garanti, possède un droit de suite sur la chose ; comme exemple de garantie, citons l'hypothèque, la cédula hypothécaire, la lettre de rente successorale, le gage.

Le privilège, au contraire, est le droit accordé à certaines caté-

gories de créanciers d'être désintéressés par préférence sur l'actif restant après paiement des créances garanties ¹.

¹ Art. 219 L. P. Les créanciers garantis par gage sont colloqués par préférence sur le produit des gages.

Lorsqu'une créance est garantie par plusieurs gages, le produit est imputé proportionnellement sur la dette.

L'ordre des créances garanties par gage immobilier, de même que l'extension de cette garantie aux intérêts et autres accessoires sont réglés par les dispositions sur le gage immobilier.

Les créances non garanties ainsi que les créances garanties qui n'ont pas été couvertes par le gage, sont colloquées dans l'ordre suivant sur le produit des biens de la masse :

Première classe.

a) Les gages des domestiques pour l'année qui précède l'ouverture de la faillite;

b) Les traitements des commis et des employés de bureau pour les 6 mois qui précèdent l'ouverture de la faillite;

c) Les salaires des ouvriers travaillant à la journée ou à la pièce, des ouvriers de fabrique et autres personnes travaillant à la journée ou à la semaine, pour les 3 derniers mois avant l'ouverture de la faillite;

d) Les frais funéraires.

Deuxième classe.

a) Les créances des personnes dont la fortune se trouvait placée sous l'administration du débiteur en vertu de la tutelle ou de la puissance paternelle, pour le montant qui leur est dû de ce chef.

Ces créances ne sont admises par privilège que si la faillite a été déclarée pendant l'exercice de la tutelle ou de la puissance paternelle, ou dans l'année qui suit. La durée d'un procès ou d'une poursuite n'est pas comptée.

Sont assimilées aux créances dérivant de la responsabilité du tuteur ou du détenteur de la puissance paternelle, celles qui naissent de la responsabilité du débiteur comme membre d'une autorité de tutelle (art. 426-430 C. C.); il n'est toutefois pas tenu compte du délai susmentionné.

b) Les créances des caisses d'ouvriers pour le montant dû par le patron.

c) Les primes de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident, à Lucerne, dues pour l'assurance obligatoire.

Troisième classe.

Les créances des médecins reconnus par l'Etat, des pharmaciens et des sages-femmes, ainsi que les dépenses faites pour donner des soins au débiteur ou aux siens, le tout pour l'année avant l'ouverture de la faillite.

Quatrième classe.

La moitié de la créance que la femme du failli a le droit de faire valoir pour ses apports, soumis au régime de l'union des biens ou au régime de la communauté et qui ne sont pas représentés, sous déduction de ce qu'elle aura recouvré de la moitié desdits apports par l'exercice de ses reprises et par la liquidation de ses sûretés.

Cinquième classe.

Toutes les autres créances, y compris le solde de celle de la femme.

Art. 220. Les créanciers concourent dans chaque classe à droits égaux. Tant que les créanciers d'une classe précédente ne sont pas complètement payés, les classes suivantes ne reçoivent rien.

Le privilège vient donc dans l'ordre de distribution après la garantie.

En droit français, au contraire, les droits de préférence se divisent en privilège et hypothèque.

La distinction réside dans le fait que le privilège est attaché à la qualité de la créance selon la définition donnée par l'art. 2095 C. Civ. Fr., alors que l'hypothèque en est indépendante ¹. Le privilège est une faveur accordée par la loi tandis que l'hypothèque dérive soit de la loi, soit de la volonté des parties.

Il y a deux sortes de privilèges :

1^o Les privilèges généraux portant sur tous les meubles et en cas d'insuffisance sur tous les immeubles (art. 2101, 2104).

2^o Les privilèges spéciaux. Ces privilèges se divisent de même en deux catégories :

a) Les privilèges spéciaux sur certains meubles (art. 2102) ;

b) les privilèges spéciaux sur certains immeubles (art. 2103).

En cas de conflits entre privilèges généraux et privilèges spéciaux, les privilèges spéciaux sur certains meubles ont la priorité (sauf quelques exceptions, par exemple privilèges fiscaux) sur les privilèges généraux ². Mais lorsque les privilèges généraux s'exercent subsidiairement sur les immeubles, ils priment les privilèges spéciaux sur les immeubles ³. La majorité des auteurs ⁴ admet que les privilèges généraux ont le droit de suite lorsqu'ils portent sur des immeubles mais qu'ils ne l'ont pas lorsqu'ils portent sur des meubles. D'autres considèrent que les privilèges généraux sont toujours des droits réels et que le droit de suite existe aussi bien lorsque le privilège s'exerce sur/des meubles que sur des immeubles ⁵.

¹ Baudry Lacantinerie vol. II p. 845. Planiol et Ripert vol. XII p. 6.

² Planiol XII p. 213.

³ Planiol XII p. 289.

⁴ Aubry et Rau III p. 185, Baudry Lacantinerie et de Loynes I N^o 277 et 302.

⁵ Colin et Capitant II p. 739.

D'autres par contre sont d'avis que les privilèges ne sont jamais que des droits de préférence personnels n'engendrant pas le droit de suite¹.

L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble, engendrant un droit de préférence et un droit de suite. L'hypothèque peut être conventionnelle ou légale. Les auteurs subdivisent les hypothèques légales en trois catégories :

- a) hypothèques légales proprement dites,
- b) hypothèque judiciaire,
- c) les privilèges spéciaux immobiliers qu'ils considèrent comme des hypothèques privilégiées².

Quand il y a concurrence entre créanciers privilégiés et créanciers hypothécaires, les créanciers privilégiés ont la préférence³.

Ce système des droits de préférence établi par le Code civil français est fort incohérent.

Afin de pouvoir étudier comparativement les droits de préférence de la loi française et de la loi suisse, il nous paraît plus simple d'étudier d'abord les privilèges spéciaux s'exerçant sur les meubles, les privilèges spéciaux s'exerçant sur les immeubles et l'hypothèque, puis d'étudier les privilèges généraux.

I. Privilèges spéciaux.

A. Sur les meubles art. 2102.

Le droit français connaît :

1^o Le privilège du bailleur sur tout ce qui garnit les lieux loués et sur les fruits de la récolte de l'année pour deux années échues, l'année courante et une année à échoir⁴.

Ce droit du bailleur est analogue au droit de rétention qui lui

¹ Laurent vol. 30 N^o 103, Planiol vol. XII p. 314.

² Idem.

³ Art. 2095 C. C. Fr. Planiol XII p. 7.

⁴ Loi du 12 février 1872 modifiant l'art. 2102 C. Civ. Laurent vol. 39 N^o 282, Planiol XII p. 235, Aubry et Rau III p. 252, Baudry Lacantinerie et de Loynes I N^o 442, 444.

est accordé par la loi suisse. Selon les deux législations, le bailleur a un droit de suite.

2^o Le gage est une institution dans ses grandes lignes identique au droit suisse ; le nantissement est indispensable. Il crée un droit réel sur la chose ¹.

3^o Frais faits pour la conservation de la chose mobilière. La loi française n'exige aucune condition pour que le créancier jouisse du privilège. Il y en a cependant une qui est commune à tous les privilèges mobiliers, c'est que la chose grevée soit dans les mains du débiteur ; s'il ne la possède plus au moment où le créancier privilégié veut exercer son droit, il n'a plus de privilège ².

Ce privilège ne s'applique qu'aux meubles et non aux immeubles ³.

Voilà un droit qui n'est pas connu de la législation suisse. Il ne rentre strictement ni dans la catégorie des privilèges du droit suisse, puisqu'il ne s'exerce que sur une chose, ni dans la catégorie de la garantie puisque le nantissement et le droit de rétention font défaut.

4^o Le prix d'effets mobiliers non payés s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme.... Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication. (C. Com. Fr. 576 et suiv.).

En Suisse, selon l'art. 214 C. O., le vendeur qui s'en est réservé le droit peut en cas de demeure de l'acheteur se départir du contrat et répéter la chose. Mais, de même que nous avons l'art. 212 L. P., refusant au vendeur l'exercice de ce droit en cas de faillite, de même l'art. 550 in fine C. Com. Fr. déclare « le privilège et le droit de revendication établis par le N^o 4 de l'art. 2102 C. C. Fr. au profit du vendeur d'effets mobiliers ne peuvent être exercés contre la faillite ⁴.

5^o Fournitures d'un aubergiste.

¹ Art. 2076 C. Civ. Fr. Baudry Lacantinerie 2 p. 806, Planiol XII p. 68.

² Laurent vol. 29 N^o 468.

³ Planiol XII p. 182.

⁴ Planiol XII p. 193.

Pour que l'aubergiste ait un privilège sur les effets du voyageur, il faut qu'ils aient été transportés dans l'auberge. Le privilège est donc attaché à la possession. Il cesse avec la possession. S'il n'a pas le droit de revendication de l'art. 2279 C. C. Fr. pour les effets détournés clandestinement, s'il n'a pas le droit de suite que l'art. 2102 donne au bailleur, l'aubergiste a un droit de rétention ¹.

Ce privilège se rapproche donc des droits que confère la loi suisse aux créanciers au bénéfice du droit de rétention ².

6^o Créance pour voiture sur la chose voiturée, privilège attaché à la possession ³.

Ce droit est identique au droit de retention accordé en Suisse par l'art. 451 C. O. au voiturier.

7^o Créances pour abus et prévarication sur les fonds du cautionnement.

Le cautionnement est dans ce cas un gage réel dont le trésor public est le détenteur dans l'intérêt des tiers ⁴.

Ces dépôts ou cautionnement sont une institution de droit public interne. La loi qui ordonne ces dépôts est compétente pour déclarer quels peuvent être les ayants-droit. L'Etat qui a la possession de ces fonds ne s'en dessaisira qu'au profit des personnes et selon les conditions fixées par sa propre loi.

Il n'y a pas là de conflits de loi possible. Le traité n'est du reste pas applicable aux relations de droit public⁵. Nous ne traiterons donc pas cette question dans notre travail.

Si nous examinons ces 6 espèces de privilèges, nous voyons que ceux mentionnés sous ch. 1, 2, 5, 6, accordent à leurs bénéficiaires soit un droit de suite, soit un droit de rétention.

¹ Cf. Laurent vol. 29 N^o 509, 510, 511, Planiol XII p. 171, 234.

² Cf. art. 491 C. O.

³ Laurent vol. 29 N^o 515 et 516, Planiol XII p. 173.

⁴ Laurent vol. 29 N^o 512, Planiol XII p. 177.

⁵ Cf. A. T. F. 29 I 500. Meili § 72.

Ils confèrent un droit réel sur la chose et se rapprochent par là du droit de garantie que la loi suisse accorde à certaines créances.

Le privilège du vendeur ne peut être réclaté dans la faillite ¹.

Le privilège pour frais de conservation de la chose est de nature spéciale et sera traité à part.

B. Privilèges spéciaux sur les immeubles.

Ces privilèges énumérés à l'art. 2103 C. Civ. sont en réalité des hypothèques légales privilégiées ². Il convient donc d'examiner préalablement l'hypothèque. Disons également quelques mots de l'antichrèse et nous aurons ainsi passé en revue toutes les sûretés immobilières prévues par la loi française. L'antichrèse autorisée par la loi française ³ est définie par l'art. 2072 al. 2 C. Civ. comme le nantissement d'un immeuble. En Suisse, dès l'entrée en vigueur du Code civil, l'antichrèse ne put plus être constituée ⁴. L'antichrèse est du reste aujourd'hui fort peu usitée en France, car le débiteur perd la possession et la jouissance de l'immeuble dont l'aliénation est impossible ⁵.

L'antichrèse n'est opposable aux tiers que dès l'inscription ⁶.

L'hypothèque du droit français est une sûreté réelle analogue à l'hypothèque du droit suisse; pour être opposable aux tiers, elle doit être également inscrite ⁷. Depuis la réforme du 1^{er} mars 1918 sur les inscriptions hypothécaires, le droit français exige comme le droit suisse la spécialité de l'inscription et chaque immeuble sur lequel le créancier entend conserver son hypothèque doit être désigné non seulement par son espèce et sa situation, mais par référence au plan cadastral ⁸.

¹ C. Com. Fr. 550 in fine, L. P. 212.

² Laurent vol. 30 N° 103, Planiol vol. XII p. 275, 314.

³ Art. 2072, 2085 et suiv. C. Civ.

⁴ C. C. S. titre final art. 45.

⁵ Planiol vol. XII p. 278.

⁶ Planiol XII p. 283, Baudry Lacantinerie II p. 825, 828.

⁷ Planiol XII p. 666.

⁸ Planiol vol. XII p. 696.

Outre l'hypothèque conventionnelle, le droit français connaît l'hypothèque légale :

1^o De la femme mariée sur les biens de son mari (art. 2121 C. Civ.).

2^o Des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur (art. 2121 C. Civ.).

3^o De l'Etat, des départements, communes et établissements publics sur les biens des comptables (art. 2121 C. Civ.).

4^o De la Régie des douanes sur les biens des redevables (loi des 6-22 août 1791, titre XIII, art. 23).

5^o Des légataires sur les biens de la succession (art. 1017 C. Civ.).

6^o De la masse des créanciers sur les biens du débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 490 et 517 C. Com. loi du 4 mars 1889 portant modification à la loi des faillites, art. 4).

7^o Du Trésor pour le recouvrement de la contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre (loi du 13 juillet 1925 art. 134).

Les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sont seules opposables aux tiers sans inscription, sauf pour ce qui concerne les immeubles sis en Alsace et en Lorraine où l'inscription est indispensable ¹.

La femme étrangère ne peut avoir d'hypothèque légale sur les biens de son mari sis en France, sous réserve des dispositions des traités ².

L'hypothèque judiciaire est une hypothèque légale accordée au créancier au bénéfice d'un jugement qui condamne le débiteur à exécuter son obligation. Elle a lieu de plein droit indépendamment de toute déclaration du juge à ce sujet. Elle frappe tous les immeubles

¹ Planiol XII p. 439. Loi du 1^{er} juin 1924 art. 47, 48, 51, 54.

² Planiol XII p. 445 et 446. Le Traité Franco-Suisse du 23 février 1882 stipulant la clause de la nation la plus favorisée peut-il autoriser une femme suisse à requérir une hypothèque légale sur des immeubles en France? Planiol (p. 446) déclare qu'en cas de traité, le droit à l'hypothèque est déterminé par la loi nationale. Or, la loi suisse ignore l'hypothèque légale. Dans le même sens Clunet 1928 p. 224.

présents et à venir du débiteur. Elle doit être inscrite ¹. Cependant, une fois la faillite déclarée, une hypothèque judiciaire ne peut plus être inscrite. Sont également nulles les hypothèques judiciaires nées pendant la période suspecte pour des dettes antérieurement contractées ².

Les privilèges immobiliers spéciaux sont énumérés à l'art. 2103 C. Civ. Il y a lieu d'y ajouter divers privilèges immobiliers établis par des lois spéciales ³, et le privilège de la séparation des patrimoines au profit des créanciers du défunt dont l'héritier est insolvable ⁴.

Ces privilèges immobiliers spéciaux ont tous le caractère de l'hypothèque, mais ils sont doublés d'un privilège sous forme d'un rang de faveur. Ces créances privilégiées ont en effet la priorité sur les créances hypothécaires.

Selon l'art. 2113, les créances privilégiées à l'égard desquelles les conditions d'inscription nécessaires pour la conservation du privilège n'auront pas été observées, ne cessent pas moins d'être hypothécaires, mais l'hypothèque ne date à l'égard des tiers que de l'époque des inscriptions.

Les privilèges immobiliers spéciaux et les hypothèques du droit français diffèrent sur certains points du droit de garantie stipulés par la loi suisse. En particulier, à l'inverse du droit suisse⁵, l'inscription du droit réel n'est pas une condition d'existence ou de validité du droit dans les rapports entre parties et n'est exigée que pour rendre ce droit opposable aux tiers ⁶.

Quoique les droits de préférence de la loi française en matière immobilière soient différents sur certains points des droits suisses,

¹ Planiol XII p. 522.

² Art. 446 C. Com. Planiol XII p. 572, 578.

³ Planiol XII p. 633, en matière de drainage, de dessèchement de marais, d'établissement d'une mine, dommages de guerre, etc.

⁴ Planiol XII p. 615.

⁵ Art. 971 C. C. S.

⁶ Planiol XII p. 708.

ils consacrent cependant tous, comme ces derniers, un droit réel sur l'immeuble, droit qui n'est presque toujours opposable aux tiers qu'après inscription. Que l'on considère le droit existant avant l'inscription ou n'existant que par l'inscription, cela ne change pas le caractère du droit.

Nous pouvons donc assimiler les privilèges spéciaux sur les immeubles et les hypothèques du droit français à ce que nous appelons en Suisse le gage immobilier ¹.

Ainsi donc les privilèges spéciaux sur les meubles figurant sous ch. 1, 2, 5 et 6 de l'art. 2102 C. Civ. Fr., les privilèges spéciaux sur les immeubles et l'hypothèque sont des droits semblables aux droits de garantie que la loi suisse accorde à certaines créances ².

II. *Privilèges généraux.*

Nous avons vu l'énumération de ces privilèges à l'art. 2102. Ils portent sur la généralité des meubles. A défaut de mobilier, ces mêmes privilèges portent sur les immeubles (art. 2105).

Ces privilèges sont accordés pour des motifs d'humanité et sont comparables à ceux qui sont consacrés en Suisse par les différentes classes de l'art. 219 L. P. Toutefois, en Suisse, ces créances ne participent à la distribution qu'après paiement des créances garanties. En France, au contraire, le créancier privilégié est préféré au créancier hypothécaire (art. 2095). Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges (art. 2096).

L'hypothèque légale de la femme mariée et des mineurs, opposable aux tiers sans inscription est un cas spécial que nous examinerons plus loin.

Une remarque encore à propos des privilèges généraux. La loi contient deux sections sur les privilèges immobiliers ; dans la pre-

¹ Art. 793 et suiv. C. C. S.

² Cf. art. 219 al. 1, 2 et 3 L. P.

mière (section III du chap. II), elle énumère les privilèges et détermine les conditions requises pour leur existence ; dans la seconde (section IV du chap. II), elle dit comment se conservent les privilèges. De nombreux auteurs font une distinction entre privilèges mobiliers et privilèges immobiliers. Mais si nous examinons de près les textes, nous voyons que l'art. 2107 ne requiert aucune condition pour la conservation des privilèges généraux, qu'ils portent sur les meubles ou sur les immeubles.

Quant aux privilèges spéciaux sur les immeubles, il résulte des art. 2106 et suiv. qu'il ne suffit pas que les conditions nécessaires à leur existence soient réalisées pour qu'ils puissent être opposables aux tiers ; il faut encore qu'ils soient conservés, c'est-à-dire rendus publics ¹. Mais est-ce à dire que les privilèges mobiliers spéciaux ne doivent pas être également conservés ? Nous voyons au contraire que les privilèges dont nous nous occupons dans ce § c'est-à-dire ceux qui sont mentionnés à l'art. 2102 sous ch. 1, 2, 5 et 6 ne peuvent être exercés le premier que par la rétention ou, en cas de déplacement clandestin, de revendication dans le délai fixé par l'art. 2102 ; le deuxième qu'en tant qu'il est en la possession du créancier ou d'un tiers convenu (art. 2076) ; le cinquième et le sixième que par la rétention.

Mais ce qui importe surtout ici, c'est de constater que les privilèges généraux, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, n'ont pas à être conservés. Ce fait peut avoir de l'importance pour le commentaire de l'alinéa 5 de l'art. 6 du Traité franco-suisse.

§ 80. Divergence entre la procédure de faillite française et la procédure suisse

Alors que nous n'avons en Suisse qu'une seule masse (art. 197 L. P.) dont le produit est réparti conformément à 219 L. P., la loi

¹ Laurent vol. 30 p. 5, Planiol vol XII p. 708.

française connaît deux masses distinctes provenant de la distinction entre meubles et immeubles : la masse hypothécaire et la masse chirographaire.

a) Privilèges spéciaux sur les meubles.

Selon les art. 546 et suiv. C. Com. le gage ne rentre pas dans la masse. Toutefois le syndic peut retirer le gage au profit de la masse en remboursant la dette (art. 547). Le privilège du vendeur étant aboli dans la procédure de faillite (art. 550 al. 6), tous les autres créanciers ayant privilège spécial sur la chose, à l'exception du conservateur de la chose (C. Civ. 2103 N° 3), sont traités comme le créancier gagiste ¹. Lorsque la masse ne retire pas le gage, les créanciers ayant privilège spécial, qui ont fait réaliser leur gage, concourent dans la masse pour le découvert comme créanciers chirographaires. S'ils n'ont pas encore fait procéder à la réalisation du gage, ils ne peuvent participer à la distribution de l'actif chirographaire ².

b) Privilèges généraux.

Selon l'art. 551 C. Com., les créanciers ayant un privilège général sont payés sur les premiers deniers rentrés. Si la distribution du prix des meubles a lieu en premier, ils figurent à la distribution jusqu'à complet paiement. En cas d'insuffisance, ils participent ultérieurement à la répartition du prix des immeubles. Si l'on commence par distribuer le prix des immeubles, ils figurent à la distribution pour la totalité de leurs créances ; mais ce qu'ils en reçoivent doit être par eux restitué à la masse hypothécaire jusqu'à concurrence du montant qu'ils touchent lors de la distribution du prix des meubles ³.

¹ Boistel, cours de droit commercial N° 1025 chap. 2.

² Dalloz vol. VI p. 250 N° 1842.

³ Dalloz vol. VI p. 250 N° 1846.

c) Privilèges spéciaux sur les immeubles.

Les créanciers ayant une hypothèque ou un privilège spécial sur un immeuble peuvent concourir dans la masse chirographaire pour le découvert. Si la répartition de la masse chirographaire précède celle de la masse hypothécaire, les créanciers ayant une hypothèque ou un privilège immobilier spécial concourent à la répartition de la masse chirographaire dans la proportion de leurs créances totales. Lors du règlement de la masse hypothécaire, le montant total que devait toucher le créancier hypothécaire est calculé comme si la répartition de la masse hypothécaire était antérieure à celle de la masse chirographaire et le trop perçu doit faire retour à la masse chirographaire ¹.

En résumé, alors qu'en Suisse nous entendons par l'actif de la masse chirographaire, les biens du débiteur qui ne sont pas affectés de droits réels et qui seront distribués entre les créanciers chirographaires (privilégiés ou non privilégiés), d'après les classes fixées par l'art. 219 L. P., nous voyons qu'en France l'actif chirographaire est l'actif distribué au marc le franc entre tous les créanciers qui n'ont ni privilèges généraux, ni sûretés réelles ², c'est-à-dire, l'actif qui en Suisse est réparti à la cinquième classe des créanciers.

Il importe d'élucider ce point pour éviter toute confusion sur le terme de masse chirographaire employé à l'alinéa 4 de l'art. 6 du traité.

§ 81. Des différentes solutions données par les commentateurs aux problèmes soulevés par les al. 4 et 5 de l'art. 6 du traité

Les commentateurs suisses ³ arrivent au même résultat par des raisonnements différents. Ils font régir tous les privilèges sur les immeubles et les privilèges spéciaux sur les meubles par la loi de la

¹ Dalloz vol. VI p. 249 N° 1837 et suiv. C. Com. art. 552 et s.

² Cf. Dalloz vol. VI p. 249 N° 1826, 1830, 1835, 1836, 1837, p. 250 N° 1846.

³ Brocher 70 et s., Curti 136 et s., Roguin § 640 et suiv.

situation et les privilèges généraux sur les meubles par la loi de la faillite ¹.

Les commentateurs français, au contraire, tendent à faire dépendre les privilèges généraux ou spéciaux, mobiliers ou immobiliers de la loi de la situation ².

Cependant, ni les arguments des uns, ni ceux des autres ne nous paraissent décisifs et les solutions proposées ne nous paraissent pas satisfaisantes. Il suffit du reste d'examiner quelques cas pratiques pour se rendre compte que leurs solutions sont défectueuses. Si nous nous rattachons à la théorie des commentateurs suisses, la femme suisse, dont le mari, qui ne possède des immeubles qu'en Suisse, a été mis en faillite en France, serait colloquée en France avec les créanciers chirographaires. Quant au système des commentateurs français, il n'est pas plus rationnel. Pour les privilèges généraux est-ce la loi de la situation qui déterminera également l'existence du privilège ou ne déterminera-t-elle que l'exercice ? Ainsi sur les biens meubles non grevés de droits réels qui se trouvent en France, tous les créanciers suisses et français peuvent-ils invoquer un privilège si la loi française considère une telle créance comme privilégiée, quand bien même la faillite est ouverte en Suisse et le rapport de droit régi par la loi suisse ? Ou faut-il distinguer entre faillite ouverte en Suisse et faillite ouverte en France ou entre créance régie par le droit suisse et créance régie par le droit français. Dans tous les cas la situation est bizarre et la solution n'est pas satisfaisante.

§ 82. Système adopté

Si nous avons insisté dans les § précédents sur la loi française et la procédure française, c'est que la distinction entre meubles et immeubles, entre privilège et hypothèque, l'expression de conser-

¹ Contra Perrier 162 qui adopte le système de Travers.

² Cf. Aujay p. 349. Travers p. 285 et suiv.

vation des droits de privilège et d'hypothèque, le terme de masse chirographaire, montrent bien que les Hautes Parties Contractantes n'ont considéré que le droit français lors de l'élaboration des al. 4 et 5 de l'art. 6. Du texte de ces al. 4 et 5, il ressort avec évidence que seul le traitement en Suisse des droits conférés par la législation française a été envisagé.

De la prescription de l'al. 3 de l'art. 6 (pour la vente des biens meubles et immeubles, le syndic doit se conformer aux lois du pays de leur situation), il résulte que le syndic ne pourra procéder à la vente d'objets sur lesquels un créancier a un privilège spécial (gage, droit de rétention...) qu'à la condition de désintéresser le bénéficiaire.

Quant au privilège général sur les meubles, son traitement est considéré différemment par les commentateurs. Curti, Brocher, Roguin, le soumettent à la loi de la faillite. Par contre, les commentateurs français Aujay, Travers, par exemple, lui appliquent la loi de la situation. Nous ne pouvons examiner ici tous leurs arguments. Mais si nous nous plaçons au point de vue de la terminologie française, le versement à la « masse chirographaire » ne comprend que les biens qui sont affectés au paiement des créanciers chirographaires, c'est-à-dire selon la loi française, des créanciers qui ne viennent point en ordre utile (art. 556) — créanciers qui ne sont ni hypothécaires ni privilégiés (cf. art. 552 et suiv.) à moins que les créanciers hypothécaires ou privilégiés spéciaux ne concourent pour le découvert.

Il est évident que si seuls les biens revenant aux créanciers chirographaires doivent être versés à la masse, c'est que les créanciers privilégiés généraux doivent être préalablement désintéressés. Cette question n'a pas du reste une très grande importance, car selon l'art. 2104 C. Civ. franç., les privilèges sur les meubles s'étendent sur les immeubles. Or, à une faillite ouverte en Suisse, le traité franco-suisse ne sera applicable que lorsque le failli aura des biens en France, ce qui ne se saura généralement que s'il a des immeubles. L'al. 5 de

l'art. 6 est formel : les privilèges sur les immeubles sont régis par la loi de la situation. Dès lors, les créanciers privilégiés selon le droit français seront désintéressés et le solde seulement sera versé à la masse chirographaire. Ainsi nous pouvons dire que le traité a entendu stipuler la sauvegarde de tous les privilèges consacrés par la loi de l'un des deux pays lorsque la faillite est déclarée dans l'autre. Il serait en effet inadmissible que le traité ne garantisse que les droits accordés par la loi française lors d'une faillite en Suisse et que les droits accordés par la loi suisse ne soient pas reconnus en France.

Dès lors, c'est ce principe qui doit être admis dans l'interprétation du traité et l'on doit considérer que les dispositions des al. 4 et 5 de l'art. 6 du traité ne concernent que le traitement des droits conférés par la loi française dans une faillite en Suisse. Dans une faillite en France, on ne pourra pas examiner si le privilège accordé par la loi suisse est ou non accordé par la loi française. Il faudra partir de ce principe que le privilège accordé par la loi suisse doit être reconnu en France. Les distinctions des privilèges faites aux al. 4 et 5 de l'art. 6 ne concernent pas les privilèges suisses puisque nous avons en Suisse une distinction toute différente. On ne pourra pas assimiler les privilèges généraux du droit français aux privilèges consacrés par l'art. 219 L. P. et les privilèges spéciaux et hypothèques, aux créances garanties du droit suisse pour appliquer les al. 4 et 5 de l'art. 6. En effet, nous le répétons, les al. 4 et 5 sont inapplicables pour régler la distribution des deniers aux créances garanties ou privilégiées du droit suisse, puisque les droits conférés par la loi suisse sont intimement liés à la procédure de faillite suisse. Prenons un exemple et examinons le problème le plus important : celui du traitement du privilège de la femme mariée. Selon l'art. 219 L. P., elle est colloquée en quatrième classe pour la moitié de sa créance. Ce privilège ne porte ni sur les meubles, ni sur les immeubles, mais sur l'actif qui reste après paiement des créances garanties et des créances privilégiées des classes antérieures. Si, dans une faillite

ouverte en France, l'on voulait appliquer les al. 4 et 5, il faudrait l'assimiler à un privilège général sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles comme les privilèges de l'art. 2101 C. Civ. franç. Or, ou bien ce privilège serait reconnu en France et la créance de la femme primerait les créances hypothécaires, ou bien il ne serait pas reconnu puisque la distribution de la masse chirographaire se fait conformément à la loi du pays de la faillite (al. 4) et que la loi française ne connaît pas ce privilège ; dans les deux cas le résultat est fort peu satisfaisant.

L'application littérale des al. 4 et 5 du traité aux privilèges accordés par la loi suisse doit donc être exclue.

On objectera à notre théorie que si les Hautes Parties Contractantes avaient voulu stipuler la reconnaissance des privilèges accordés par la législation d'un des Etats dans la faillite ouverte de l'autre Etat, elles l'auraient fait en termes généraux et la rédaction des al. 4 et 5 serait tout autre. Nullement; les al. 4 et 5 ne contiennent que des dispositions de procédure et ne stipulent rien quant au fond. Ces dispositions ont pour but de déterminer les lieux où s'effectuera la procédure de répartition et elles sont ainsi conçues que les droits conférés par la législation française sont sauvegardés dans une faillite ouverte en Suisse. Si le Traité ne contient aucune disposition sur l'adaptation des droits conférés par la loi suisse à la procédure de faillite française, c'est que lors de la conclusion du Traité, il n'y avait pas une loi suisse, mais 25 lois cantonales.

De ce que les dispositions du Traité sont uniquement des règles de procédure inopérantes quant au fond du droit,¹ de ce que les al. 4 et 5 ont pour effet de sauvegarder les privilèges accordés par le droit français dans une faillite ouverte en Suisse, il y aura lieu d'admettre dans la faillite déclarée dans un des Etats tous les privilèges accordés par la loi de l'autre Etat. A défaut de stipulations expresses

¹ En ce sens Meunier Dollfuss, Travers p. 285 et suiv.

du Traité concernant le rang, on tiendra compte de la nature du privilège et du but visé par la loi.

*A. Dès lors, dans la faillite ouverte en Suisse,
comment se présente la situation ?*

1^o Les privilèges spéciaux sur les meubles. Les créanciers nantis d'un gage ou pourvus d'un droit de rétention ont droit au prix obtenu par la réalisation de la chose jusqu'à concurrence de la créance garantie. Lorsque le produit est inférieur à la créance, ils seront admis pour le découvert en cinquième classe, à moins de bénéficier d'un privilège général. La loi française et la loi suisse concordent sur ce point. Quant au privilège du conservateur de la chose, comment sera-t-il admis en Suisse ? La loi française accorde au conservateur de la chose un privilège en considération du fait que le résultat de son activité a été de conserver un actif, dont les autres créanciers bénéficient. Ce privilège est accordé autant dans l'intérêt général des créanciers que dans celui du conservateur.

Comme le Traité ne contient aucune disposition de fond, l'étendue du privilège du conservateur sera déterminée par la loi française. L'exercice est le même que dans les autres privilèges spéciaux.

2^o Les privilèges généraux sur les meubles. Selon la loi française, ces privilèges priment les droits des créanciers hypothécaires. Nous reconnaissons en Suisse ces droits, mais la loi suisse conformément à l'al. 4 de l'art. 6 détermine le rang. Ces créances seront donc incorporées dans les différentes classes établies à l'art. 219 L. P., les privilèges 1, 2 et 4 de l'art. 2101 C. Civ. franç. en première classe, les privilèges 3 et 5 de l'art. 2101 en troisième classe, les fournitures et subsistances pouvant être classées par analogie avec les dépenses pour soins au débiteur.

3^o Les privilèges sur les immeubles. Le Traité ne contient aucune disposition sur la constitution des privilèges. Pour les immeubles

sis en Suisse, les art. 793 et 799 C. C. S. sont applicables. On ne peut donc faire valoir sur les immeubles aucun droit. Il ne peut être question des privilèges de l'art. 2103. Pour les immeubles sis en France, la loi française est applicable. Dès lors, lorsque certains privilégiés selon les art. 2101 et 2104 C. Civ. franç. auront fait valoir leurs droits sur ces immeubles et qu'il en sera résulté un préjudice pour les créanciers hypothécaires, y a-t-il lieu de bonifier, comme cela se fait selon les art. 552 et suiv. C. Com. aux créanciers hypothécaires le préjudice qu'ils ont subi de ce fait et dont la masse a bénéficié, puisque la créance du privilégié se trouve ainsi, sinon éteinte, du moins réduite? La loi suisse n'est pas compétente pour régir la distribution du prix des immeubles situés en France. Le créancier hypothécaire n'a pas de droits contre la masse. Dans la loi française n'entrent en ligne de compte que la masse hypothécaire et la masse chirographaire et non les créanciers. La masse hypothécaire n'a ici aucun droit contre la masse située en Suisse. La masse hypothécaire n'a qu'à renvoyer le créancier privilégié à faire valoir ses droits premièrement dans la masse suisse et ensuite dans la masse hypothécaire en France — à défaut de mobilier dit l'art. 2105 C. Civ. franç. — quitte à ne délivrer son dividende au créancier hypothécaire qu'après règlement du créancier privilégié dans la masse suisse. Quant au montant du découvert pour lequel le créancier hypothécaire est en droit de concourir dans la masse suisse, il ne peut être exactement déterminé qu'après paiement du créancier privilégié. On prendra comme chiffre provisoire le montant maximum du découvert qu'il pourrait subir, quitte à réduire ce chiffre par la suite.

4^o L'hypothèque légale.

a) De la femme mariée.

Le Traité parle de la conservation des droits de l'hypothèque, mais non de leur constitution. Dès lors, le droit commun est applicable. Nous avons vu au § ci-dessus qu'il n'est pas possible de cons-

tituer des hypothèques sur des immeubles en Suisse en dehors des prescriptions de la loi suisse. Dès lors, l'hypothèque légale de la femme mariée, inconnue du droit suisse, ne peut être inscrite sur des immeubles sis en Suisse.

Le traité étant muet au sujet des droits de la femme, l'art. 19 al. 2 de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil est applicable en cas de domicile en Suisse. La loi suisse déterminera l'étendue des droits de la femme. Ce que la femme aura touché en France, du fait de l'hypothèque légale sur les immeubles, sera considéré comme reprise ou liquidation de sûreté et sera déduit du montant figurant en quatrième classe.

Lorsque le domicile de la femme est en France, la solution est la même, indépendamment de toute application de l'art. 19 al. 2. En effet, la loi de la situation des immeubles peut avoir déterminé certains droits spéciaux, mais la répartition de la masse chirographaire se fait conformément à la loi de la faillite (al. 4 de l'art. 6.). Or, du fait que la femme participe à la distribution des deniers, elle y participera conformément à la loi de la faillite, c'est-à-dire dans le cas particulier, en quatrième classe pour la moitié de sa créance. Il sera évidemment déduit comme dans le cas précédent ce que la femme aura touché du fait de son hypothèque légale sur les immeubles en France.

b) Des mineurs et interdits.

L'art. 10 du Traité franco-suisse ordonne de soumettre la tutelle des mineurs à la législation du pays d'origine. Nous avons examiné cette situation en droit commun. La solution sera donc la même que celle que nous avons adoptée au § 38. Nous reconnaitrons en Suisse l'hypothèque légale, mais les règles d'ordre public ordonnent qu'elle soit spéciale et inscrite.

B. *Faillite ouverte en France*

Dans la faillite ouverte en France, les dispositions des al. 4 et 5 de l'art. 6 ne sont pas d'une bien grande utilité puisqu'ils ne concernent que l'adaptation des privilèges français à la procédure suisse de faillite.

Toutefois certaines règles sont identiques, ainsi :

1^o Pour la distribution du prix des immeubles sis en Suisse, la loi suisse est applicable. Il n'y a donc sur ces immeubles que des privilèges spéciaux.

2^o Pour les immeubles sis en France, la question se pose de savoir de quels privilèges ils seront grevés. Ainsi, la femme dont le régime matrimonial est soumis au droit suisse, peut-elle réclamer une hypothèque légale sur les immeubles sis en France? Nous avons vu, en examinant les privilèges spéciaux sur les immeubles, que la femme suisse ne pouvait pas avoir d'hypothèque légale en France ¹.

3^o Le prix des meubles réalisés en Suisse sera versé intégralement dans la masse française puisque nous ne connaissons pas le privilège sur les meubles. Quant aux meubles affectés à la garantie de créances (gage, droit de rétention...), ils ne pourront être réalisés au détriment des créanciers gagistes (cf. al. 3 de l'art. 6).

La garantie mobilière ou immobilière affectée à certaines créances sera donc réalisée au profit de ces créances. Le solde sera versé à la masse française. En cas d'insuffisance, le créancier perdant concourra à la masse française pour le découvert.

Quant aux créanciers dont les droits sont régis par le droit suisse et qui, à teneur de ce droit auraient un privilège si la masse se trouvait en Suisse, ils devront avoir un privilège analogue dans la masse française et leurs droits ne peuvent être régis que de cette façon :

1^o Le privilège assimilable à un des privilèges de l'art. 2101 C. C. Fr. sera réglé comme les privilèges mentionnés à cet article.

¹ Planiol XII p. 445 et 446, Chunet 1928 p. 224.

2^o Les autres privilèges inconnus du droit français (mineurs, femme mariée) ne pourront évidemment pas être exercés au détriment des créanciers hypothécaires comme le sont les autres privilèges généraux. Mais ils devront néanmoins être reconnus. Ils s'exerceront donc sur l'actif qui restera après paiement des créanciers privilégiés généraux et hypothécaires. Lorsqu'il y aura divers privilèges, le bon sens indique de les classer dans l'ordre établi à l'art. 219 L. P.

Nous espérons avoir démontré que les solutions que nous avons envisagées ne doivent pas être considérées comme du droit désirable, mais comme du droit positif. Et nous sommes arrivés à ces solutions en interprétant le *Traité* plus logiquement que littéralement. Or, l'interprétation logique s'impose pour un *Traité* aussi mal rédigé que le *Traité* franco-suisse. Nous avons du reste vu en matière de for toutes les contradictions qui résulteraient de l'interprétation stricte des dispositions.

Or, si nous devons interpréter strictement les dispositions des al. 4 et 5, nous arriverions à ce résultat.

1^o Que tous les privilèges accordés par le droit français seraient sauvegardés dans la faillite en Suisse.

2^o Que tous les privilèges accordés par la loi suisse (inconnus du droit français — femme, mineurs —) étant généraux, par conséquent du ressort de la loi de la faillite, ne seraient pas reconnus en France.

Les al. 4 et 5 de l'art. 6 sont uniquement des dispositions de procédure adaptant le privilège français à la procédure suisse et déterminant les lieux où s'effectuera la procédure de répartition.

De la manière dont est stipulé cette adaptation, il résulte que tous les privilèges accordés par la loi française seront sauvegardés dans une faillite ouverte en Suisse. Si le *Traité* ne contient aucune disposition concernant le traitement en France d'un privilège accordé par la loi suisse, il n'en est pas moins rationnel d'admettre que par analogie ce privilège devra être reconnu.

En résumé, le privilège accordé par la loi d'un pays contractant à tout créancier en droit de produire sa créance à la faillite prononcée dans ce pays, sera reconnu dans la faillite ouverte conformément au Traité franco-suisse dans l'autre pays contractant.

Ce principe de la reconnaissance réciproque des privilèges domine alors toute la procédure d'adaptation.



CHAPITRE XX

Du séquestre¹

§ 83. Jurisprudence du T. F.

La question se pose de savoir si le Traité franco-suisse autorise ou non l'application des dispositions de la loi suisse relatives au séquestre. Comme nous ne sommes pas d'accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet, nous résumerons cette jurisprudence dans ce § et en ferons la critique dans le § suivant.

Examinons les différents cas qui peuvent se présenter :

1) Séquestre opéré en Suisse après la déclaration de faillite en France, exécutoire en Suisse, d'un débiteur auquel les articles 6 et suiv. du Traité sont applicables.

Ce séquestre est nul. Cette question n'est du reste pas sujette à controverse. Le principe de l'unité et de la force attractive de la faillite, qui est consacré par le Traité, s'oppose, en effet, à ce que les biens auxquels s'étend l'application de la faillite (art. 6 al. 2) soient distraits de la masse.

2) Séquestre opéré en Suisse en l'absence de toute déclaration de faillite au préjudice d'un débiteur auquel les art. 1 et suiv. du Traité sont applicables. Le Traité franco-suisse n'exclut pas explicitement le séquestre, mais si le T. F. l'interdit, c'est que le séquestre ayant pour conséquence de soustraire le débiteur à son for naturel, provoquerait, de la sorte, une violation du principe énoncé à l'art.

¹ Jäger ad. art. 271 rem. 14 et 18, Curti p. 30 et suiv., Meili § 56 et suiv., Roguin § 743 et suiv., 751, 757, Bonnard p. 218 et suiv., 237 et suiv. Brocher p. 13, Blumenstein p. 835, Ott p. 116, Brüstlein et Rambert art. 271 rem. 10.

1^{er} du Traité. Est donc interdit le séquestre en Suisse des biens du débiteur suisse ou français domicilié soit en Suisse, soit en France, requis par un créancier suisse ou français, mais d'autre nationalité que le débiteur ¹.

Bien qu'il semble résulter de l'art. 11 du Traité et du protocole explicatif, que ces dispositions soient d'ordre public, le T. F. a jugé ² que la violation des règles sur la compétence instituée par le Traité franco-suisse, est une cause d'annulation, mais non de nullité absolue. Le recours contre une ordonnance de séquestre ne peut être interjeté en tout temps, mais doit l'être dans les délais légaux.

Le T. F. n'a admis le séquestre que lorsque la créance se fonde sur un jugement dont l'exécution est requise en Suisse. Le Tribunal fédéral résume ainsi sa théorie ³. « Tandis que le séquestre qui a pour but de créer un for pour l'action en recouvrement d'une créance est assimilé à l'action prévue par l'art. 1^{er} du Traité franco-suisse, cette assimilation n'a pas lieu pour le séquestre qui a pour but d'assurer le recouvrement d'une créance déjà reconnue par un jugement exécutoire. Cette dernière solution vaut aussi pour le séquestre qui a pour but d'assurer l'exécution d'un jugement à rendre par le Tribunal saisi du litige et compétent pour en connaître. »

Le T. F. a cependant admis une exception à l'interdiction de séquestre ⁴ : « Si, en principe, le Traité franco-suisse s'oppose à ce qu'un séquestre soit pratiqué en Suisse sur les biens d'un Français domicilié en France, cette règle souffre une exception lorsque le contrat en vertu duquel le séquestre est pratiqué, a été passé en Suisse et que les deux parties « résident » en Suisse lors de l'exécution du séquestre. »

¹ Cf. Jäger ad. art. 271 rem. 14 et les arrêts cités; Meili p. 139 et suiv.; Curti p. 30 et suiv.

² A. T. F. 4 novembre 1915 J. d. T. 1916 p. 346.

³ A. T. F. 12 octobre 1923 J. d. T. p. 269.

⁴ A. T. F. 28 mars 1912 J. d. T. 1913 p. 87.

Nous avons vu en droit commun¹ quels sont les cas de séquestre. A teneur de l'art. 271 ch. 4, le créancier peut requérir un séquestre lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse. Mais le T. F. considère que ce n'est pas seulement ce cas de séquestre qui est interdit par le Traité franco-suisse, mais le séquestre en général, quelles que soient les conditions qui, en droit commun, permettent au créancier de requérir un séquestre².

Relevons que dans un récent arrêt³, le T. F. a considéré comme valable un séquestre opéré contre un débiteur français domicilié en France par le cessionnaire français d'une créance dont le titulaire cédant est suisse, quand bien même la cession a été faite pour que les deux parties au procès soient de même nationalité et pour éluder ainsi le Traité.

§ 84. Critique de cette jurisprudence

Déjà Roguin⁴ critique cette jurisprudence et relève que la jurisprudence française considère que les différentes saisies du droit français (saisie brandon, saisie gagerie, saisie exécution, saisie-arrêt, saisie conservatoire), ne portent pas atteinte au traité franco-suisse, pourvu que les actions résultant de ces saisies soient portées aux fors déterminés par la convention. C'est, en effet, tout ce que cette dernière exige.

Bonnard⁵ fait une étude comparative des fors prévus par la L. P. et par la Convention. Par une argumentation claire et précise, il arrive à cette conclusion que l'institution du séquestre et la convention ne sont pas incompatibles.

¹ § 24 ci-dessus.

² Cf. A. T. F. 23 décembre 1915 J. d. T. 1916 p. 448. Partagent l'opinion du T. F. Jäger ad. art. 271 rem. 14 et 18, Curti p. 30 et suiv., Meili p. 139 et suiv.

³ A. T. F. 56 I 180 J. d. T. 1931 p. 151.

⁴ Conflits § 743 et suiv. principalement 757 et suiv.

⁵ P. 218 et 237.

1) L'action en contestation du cas de séquestre ouverte au for du séquestre n'implique aucune entorse au Traité, le débiteur étant ici demandeur; de plus, il s'agit d'une question de procédure non comprise dans les actions prévues par le Traité.

2) L'action en main levée d'opposition ne rentre pas dans les actions prévues au Traité. Ce n'est pas une cause civile. Cette action a trait seulement à une question de procédure, à savoir : le titre produit par le créancier justifie-t-il la main levée ?

3) L'action en reconnaissance de dette et

4) l'action en libération de dettes étant des actions où le rapport d'obligation est discuté, le débiteur ne doit pas être distrait de ses juges naturels.

L'action aurait lieu, dans ces deux cas, au for prévu à la convention. A cela ne s'oppose aucune impossibilité ni logique ni pratique.

Nous ne voulons pas reproduire ici toute l'argumentation de Bonnard et toutes les hypothèses qu'il a examinées. Etant entièrement de son avis, nous ne pourrions que nous borner à d'inutiles répétitions.

En résumé, l'institution du séquestre ne déroge en rien au traité. Cette opinion est partagée par Martin (p. 295), Blumenstein (p. 835), Ott (p. 116), Brüstlein et Rambert (art. 271 rem. 10), Brocher en passant (p. 13). La jurisprudence du T. F., paraît du reste évoluer et se rapprocher de la théorie ci-dessus. Dans un arrêt rendu en 1923, il déclare en effet ce qui suit ¹ : « Il y a acceptation tacite d'un juge-
» ment non compétent, *ratione loci*, à teneur du Traité, lorsque le
» défendeur ou défendeur reconventionnel se laisse attaquer par le
» demandeur ou demandeur reconventionnel, sans soulever l'except-
» tion d'incompétence (R. O. 13, p. 105, 25 I p. 102 cons. 2). Mais
» dans la présente espèce, le recourant est, non seulement entré en
» matière sur la demande reconventionnelle devant le Tribunal de
» Commerce, sans même soulever la question de compétence, mais

¹ A. T. F. 12 octobre 1923 traduit dans J. d. T. 1924 p. 274.

» encore, dans son recours de droit public, il ne conteste pas la com-
» pétence du Tribunal de Commerce pour se saisir de la demande
» reconventionnelle afin de déduire de ce fait que le séquestre est
» inadmissible. Dans ces circonstances, le séquestre ne peut être
» comme contraire à la convention. Le Traité de 1869 ne contient
» aucune disposition qui interdise expressément et spécialement le
» séquestre aux ressortissants des deux Etats contractants. Les arrêts
» du T. F. invoqués dans le recours se rapportent tous au cas où
» l'ordonnance de séquestre a précédé l'action en paiement et où,
» s'il n'y avait pas eu de séquestre, l'action n'aurait pu être introduite
» qu'au domicile français du débiteur. Dans ces arrêts, la raison
» déterminante était que, vu la nature du séquestre en droit suisse
» et les mesures que ce droit impose au séquestrant pour le main-
» tien du séquestre, le débiteur français, afin d'éviter la perte des
» biens séquestrés — si l'on admet le séquestre — serait forcé de
» se défendre en Suisse contre *l'action subséquente au séquestre*, c'est-
» à-dire en dehors du for qui lui est assuré par le Traité, ce qui
» constituerait une violation de l'art. 1^{er} du Traité. Se plaçant *exclu-*
» *sivement* à ce point de vue, la jurisprudence est arrivée à assimiler
» dans ces cas le séquestre au premier acte de la procédure au recou-
» vrement de la créance, soit à l'action au sens de l'art. 1^{er} du Traité ;
» d'où l'on a conclu que le séquestre qui n'a pas cette fonction, mais
» qui doit servir à assurer le recouvrement d'une créance déjà recon-
» nue par un jugement échappe à cette assimilation (voir d'une part
» R. O. 23 II p. 1586, 26 I p. 84, 33 I p. 790, 39 I p. 143, 41 I
» p. 527 et d'autre part 18 p. 757). Il en est de même lorsqu'un
» jugement exécutoire n'a pas encore été rendu sur la créance liti-
» gieuse, mais qu'au moment de l'ordonnance de séquestre, l'action
» tendant à établir la créance est déjà pendante devant un tribunal
» suisse, comme demande ou demande reconventionnelle et que le
» Tribunal suisse en question est compétent pour la juger, bien que
» le défendeur soit un Français domicilié en France, par suite de la

» connexité entre la demande principale et la demande reconvention-
» nelle ou parce que le défendeur ou défendeur reconventionnel a
» suivi au procès sans faire de réserve. Dans ce cas aussi, en effet,
» le séquestre ne constitue plus un acte de procès, soit l'acte intro-
» ductif d'une action en justice, mais simplement une mesure en
» vue d'assurer l'exécution future d'une prétention déjà pendante
» devant la justice et cette mesure ne saurait produire une distraction
» du for prévu par l'art. 1^{er} du Traité. »

De cet arrêt, il résulte :

1) Que le T. F. interdit le séquestre comme provoquant une distraction du for de l'action subséquente au séquestre. Il considère à juste titre que l'action en contestation du cas de séquestre qui peut être introduite même lorsqu'il y a un jugement, n'est pas une action civile de l'espèce de celles qui sont mentionnées à l'art. 1^{er} du Traité. Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de cette action.

2) Que par analogie, le T. F. considère l'action en main-levée d'opposition également comme une question de procédure. En admettant le séquestre dans le cas précédent, il autorise de ce fait la poursuite au for du séquestre et la procédure qui s'ensuit. Donc il ne considère pas que l'action en main-levée d'opposition rentre dans les actions prévues au traité.

3) Que le T. F. interdit donc le séquestre uniquement parce qu'il aboutirait à une distraction de for de l'action subséquente au séquestre (action où est discuté le rapport d'obligation). L'arrêt précité déclare : Se plaçant *exclusivement* à ce point de vue, la jurisprudence est arrivée à assimiler dans ce cas le séquestre... à l'action au sens de l'art. 1^{er} du Traité.

Nous ne pouvons admettre l'assimilation du séquestre, — c'est-à-dire une simple mesure conservatoire, — à une action.

Mais si le T. F. reconnaît comme valable un séquestre qui, comme dans le cas précédent, aboutit à une distraction de for parce que le

défendeur ne s'oppose pas à cette distraction, à *fortiori*, doit-il reconnaître le séquestre qui ne produit aucune distraction, ce qui est le cas si le demandeur est renvoyé à faire valoir son droit au for déterminé par le Traité, ce qui ne présente aucun inconvénient et qui est tout à fait juridique, puisque le droit international prime le droit interne.

La distinction entre séquestre requis avant ou après l'ouverture de l'action n'est pas logique. Le seul droit que confère le Traité franco-suisse au défendeur est d'être actionné devant ses juges naturels. Ce n'est donc qu'au moment où il est actionné à un autre for, que le défendeur peut se prévaloir du Traité, mais il ne peut, en aucun cas, s'en prévaloir au moment du séquestre, puisqu'à ce moment-là, il ne sait pas encore si le demandeur introduira action contre lui et où il introduira cette action.

Il n'est pas d'ordre public que l'action en reconnaissance de dette soit intentée au for du séquestre. L'art. 278 al. 3 L. P. parle de cette action qui peut être pendante à un autre for.

Or, si le demandeur introduit son action au for stipulé par le Traité franco-suisse, le jour avant de requérir le séquestre, le T. F. conformément à sa jurisprudence, devra autoriser le séquestre. Mais, peut-il le refuser lorsque la réquisition est antérieure à l'action ? Il n'y a aucune différence de fond entre ces deux cas. Ce n'est que lorsque l'action subséquente au séquestre aura été introduite à un for autre que celui prévu à la convention, que l'action devra être annulée, mais le séquestre lui-même ne peut, de ce fait, être attaqué. En pratique, il est vrai, il ne déploiera plus ses effets à cause de 278 al. 4 L. P. Nous ne doutons pas que l'évolution de la jurisprudence du T. F. n'aboutisse prochainement à cette solution ; puisqu'il a reconnu dans cet arrêt que ce n'est pas contre le séquestre lui-même que le débiteur a le droit de recourir, mais uniquement contre la distraction. Le défendeur ne pourra donc recourir avant qu'il y ait

et avant qu'on sache s'il y aura vraiment distraction, c'est-à-dire avant l'introduction de l'action ¹.



¹ Récemment (A. T. F. 56 I 180 J. d. T. 1931 p. 154) le T. F. a jugé que : « l'interdiction du séquestre contre un Français domicilié en France ne peut découler que des règles contenues dans le traité relativement au for des actions elles-mêmes. L'admission du séquestre ne doit pas permettre de contraindre le débiteur français à se porter défendeur en Suisse dans le procès portant sur la créance garantie par le séquestre devant un juge autre que celui qui lui est assuré par le traité dans une action semblable. D'où il suit que rien ne s'oppose à un séquestre s'il ne sert plus qu'à l'exécution d'une créance déjà reconnue par le juge compétent ou s'il a été ordonné en faveur d'une créance dont le débiteur peut être au surplus actionné devant la juridiction suisse sans violation du traité. »

Ainsi dans ce dernier cas le séquestre est autorisé avant que l'action ait été introduite.

CHAPITRE XXI

Du droit de poursuivre le débiteur pour le solde impayé après clôture de la faillite

§ 85. Jusqu'à quand le traité déploie-t-il ses effets ?

La question se pose de savoir dans quelles conditions les créanciers peuvent ultérieurement poursuivre en Suisse leur débiteur déclaré en faillite en France, conformément au Traité franco-suisse. Selon le droit français, par la clôture de la faillite, le dessaisissement cesse avec tous ses effets. « Les créanciers reprennent leurs droits de poursuite individuelle, non plus maintenant sur la personne, mais sur les nouveaux biens que le failli pourra acquérir, afin de se faire payer la portion de leur créance qui n'a pas pu être soldée pendant l'union. Ces poursuites sont dorénavant soumises exclusivement aux règles du droit civil sur les saisies. En d'autres termes, une autre déclaration de faillite ne peut plus être provoquée par les mêmes causes. Faillite sur faillite ne vaut. »

« Tous les nouveaux créanciers, à la différence des anciens, pourront, s'ils éprouvent des refus de paiement, provoquer une faillite car leur droit à cet égard est intact. Dans ce cas, les anciens créanciers figureront à la nouvelle faillite pour toute portion non éteinte de leur créance, car, s'ils ne peuvent pas provoquer cette nouvelle faillite, il ne faut pas que celle-ci leur nuise ce qui arriverait s'ils ne pouvaient pas y produire ¹. »

¹ Boistel N° 1084 cf. également Dalloz vol. VI p. 250 § 1855 et 1859.

En résumé, le droit français autorise de nouvelles poursuites pour le solde impayé, mais seulement par voie de saisie et interdit aux anciens créanciers de requérir une nouvelle faillite. Le droit français ne contient aucune disposition spéciale quant à la prescription de la créance impayée. Selon l'art. 445 C. Com. Franç. « le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque. »

Par contre, l'admission d'une créance implique reconnaissance de la dette et, par suite, interrompt la prescription.

Après le dernier acte de la procédure de faillite ou de la liquidation judiciaire, les créances demeurent soumises aux prescriptions qui peuvent leur être spéciales et non seulement à la prescription trentenaire ¹.

En Suisse, par contre, la délivrance d'actes de défaut de biens après faillite rend la créance imprescriptible, mais le débiteur ne peut être poursuivi que s'il est revenu à meilleure fortune.

Selon le principe de l'unité de la faillite qui résulte du Traité, la faillite déclarée dans un des deux pays déploie ses effets dans l'autre. Cependant, jusqu'à quand ces effets peuvent-ils se déployer, est-ce jusqu'à ce que tous les créanciers soient désintéressés ou est-ce jusqu'à la dissolution de l'union et la clôture de la faillite ?

Il s'agit de distinguer :

1) Les effets qui résultent de l'ouverture de la faillite (interdiction d'intenter des poursuites à un autre for), cessent de se déployer dès la clôture de la faillite et la dissolution de l'union ;

2) mais les effets qui résultent de la faillite proprement dite subsistent jusqu'à ce que les créanciers aient été complètement désintéressés.

Lorsque des poursuites subséquentes auront lieu en Suisse, alors

¹ Dalloz vol. VI p. 232 N° 1531.

que la faillite antérieure aura été déclarée en France, quelle sera la situation ?

Le droit de poursuite pour le solde impayé est reconnu par la loi française. Voilà le point principal. Le fait que la loi française interdit de requérir à nouveau la faillite ne peut être invoqué par le débiteur. C'est une question de procédure que chaque Etat est libre de déterminer à sa guise. Nous avons du reste vu que le Traité franco-suisse ne restreint nullement le droit des Etats contractants de déterminer le mode de poursuite.

En principe, donc, les effets de la faillite déclarée en France se déploient également en Suisse. Nous avons vu que la faillite arrête le cours des intérêts à l'égard de la masse seulement. Cependant, en Suisse, l'ordre public s'oppose à ce que des intérêts soient réclamés lors de poursuites ultérieures contre un failli — principe applicable à l'égard de toute poursuite en Suisse, quels que soient la nationalité et le domicile du débiteur.

La faillite déclarée en France ne rend pas la créance imprescriptible. Rappelons cependant que la prescription est déterminée par la loi applicable à la créance. Dès lors, la prescription de toute créance régie par le droit suisse est réglée par le droit suisse. La disposition de l'art. 149 L. P. al. 5 a une portée générale et est applicable à toute dette soumise au droit suisse dont l'exécution intégrale n'a pu être obtenue par la voie d'exécution forcée. La dette devient imprescriptible du fait de la réalisation forcée insuffisante et dès l'instant où cette procédure est ouverte. Il n'y a donc pas lieu d'examiner si, au moment où le débiteur est venu s'établir en Suisse, la dette était prescrite en vertu de telle ou telle loi. Inversement, le changement de domicile du débiteur de France en Suisse n'a pas pour effet de rendre imprescriptible une créance soumise au droit français.

L'exception de non retour à meilleure fortune peut-elle être soulevée par le débiteur domicilié en Suisse qui a été déclaré en faillite en France, conformément au Traité franco-suisse ?

Lorsque nous avons examiné cette question en droit commun ¹, nous n'avons pas admis qu'un débiteur mis en faillite à l'étranger pût soulever en Suisse l'exception de son retour à meilleure fortune, cette exception résultant de la procédure de faillite suisse applicable à la continuation en Suisse de poursuite intentée en Suisse. Nous n'avons pas admis que l'on puisse, en vertu du principe de la territorialité, « continuer » en Suisse une poursuite intentée à l'étranger et qu'il fallait intenter en Suisse une « nouvelle » poursuite.

Par contre, le principe de l'unité de la faillite ne s'oppose pas à ce que l'on puisse continuer en Suisse une poursuite intentée en France et suspendue faute d'actif.

Lorsque la poursuite est continuée dans l'autre pays que celui où elle avait été intentée, quelle est la loi applicable, la loi du pays de la faillite ou la loi du pays où a lieu la continuation de la poursuite ? Selon nous, cette dernière loi, qui détermine la procédure relative à la continuation de la poursuite est compétente pour déterminer les conditions nécessaires pour que la poursuite puisse être continuée. Si la législation d'un des pays contractants interdisait toute poursuite ultérieure, il s'agirait bien là d'effets de la faillite qui devraient être reconnus dans l'autre pays. Mais les deux législations autorisent le créancier à poursuivre le débiteur pour le solde impayé. Comme le droit de poursuite existe, il n'est donc plus question que de capacité de poursuite ou de procédure régies toutes deux par la loi du pays où l'exécution forcée est requise.

Cette solution se justifie d'autant plus qu'il peut arriver fréquemment que la première poursuite ait été intentée dans le pays où elle est continuée mais que les dispositions du traité aient pour effet de fixer le for de la faillite dans l'autre pays.

La solution contraire obligerait les tribunaux appelés à trancher

¹ § 49 ci-dessus.

une contestation relative à la continuation de la poursuite, à faire application du droit étranger.

Nous estimons donc que l'exception de non retour à meilleure fortune peut être soulevée lors d'une poursuite intentée en Suisse contre un débiteur mis en faillite en France conformément au Traité franco-suisse, dans la même mesure que si la faillite avait été prononcée en Suisse.

Cette exception ne pourra être soulevée en cas de poursuite en France pour le solde impayé par la faillite ouverte en Suisse.



CHAPITRE XXII

Le concordat¹

§ 86. L'art. 8 du Traité

La nature juridique du concordat du droit français est analogue à celle du concordat suisse. Toutefois le concordat français est une solution de la faillite. Le droit français ne connaît pas le concordat préventif ; il connaît par contre la liquidation judiciaire qui a certaines affinités avec le concordat préventif².

Le principe de l'unité du concordat est consacré par l'art. 8 du Traité. Malheureusement, cet art. est aussi mal rédigé que les précédents. Il parle en effet d'abandon des biens. Est-ce à dire qu'il ne vise que le concordat par abandon d'actif ? Nous ne le croyons pas. Du fait qu'il ne reconnaît les effets du concordat qu'après l'exequatur du jugement d'homologation, la question de savoir si le sursis concordataire du droit suisse peut déployer ses effets en France est controversée. La jurisprudence des tribunaux français est partagée³. Elle paraît plutôt admettre la négative, la décision du tribunal accordant le sursis n'étant pas considérée comme un jugement définitif.

Le Traité est également muet quant au tribunal compétent pour homologuer le concordat. Doit-on admettre que le concordat homologué dans l'un des deux pays doit nécessairement déployer ses effets

¹ Meili § 72 (p. 273), Roguin § 654 et suiv., Curti 140, Brocher 73, Carle Dubois 111, Pillet II p. 918.

² Lapradelle VIII p. 311.

³ Cf. Pillet II p. 918 et les différents arrêts qui y sont cités, Lapradelle VIII, p. 364.

dans l'autre ou au contraire que seul le concordat homologué par le tribunal du lieu où est situé le principal établissement devra être reconnu ? L'absence de dispositions expresses de l'art. 8 pourrait nous inciter à admettre la première interprétation. Cependant, nous adoptons la seconde et cela pour trois raisons.

Première raison : Lors de la conclusion du Traité, les Hautes Parties Contractantes n'ont eu en vue que le droit français qui ne connaît que le concordat après faillite et non le concordat préventif. La deuxième raison est tirée de la jurisprudence en matière de faillite que nous croyons devoir appliquer par analogie en matière de concordat. Le concordat étant un cas spécial de faillite, les dispositions de l'art. 6 sont applicables pour autant qu'il n'y est pas expressément dérogé par l'art. 8. La troisième raison est que la reconnaissance du concordat est subordonnée au jugement d'homologation et à son exequatur. (L'assimilation du jugement d'homologation au jugement de faillite confirme encore une fois ce que nous venons de dire). Le jugement d'homologation étant précédé de l'adhésion des créanciers, peut-on concevoir que le Traité ait entendu rendre obligatoire à l'égard de tous les créanciers un concordat survenu à un for spécial où ne participait qu'une petite partie des créanciers ?

Selon nous le concordat doit être survenu au for de l'établissement principal. Cela résulte de la nature du concordat qui est obligatoire pour tous les créanciers et qui doit avoir été préalablement soumis à leur approbation. Aucun créancier ne doit donc avoir été pour des raisons de for, exclu des délibérations relatives au concordat.

Toute autre solution aboutirait à des abus, soit que le débiteur s'entende avec les quelques créanciers de la succursale dans l'un des pays pour imposer un concordat à la majorité de ses créanciers, soit que le débiteur qui n'obtient pas en Suisse l'adhésion des deux tiers de ses créanciers, obtienne en France un concordat — par l'acceptation de la majorité des créanciers — qui sera obligatoire en Suisse.

Inversément, le débiteur qui n'obtient pas en France l'adhésion des créanciers représentant les trois quarts de la totalité des créances pourrait obtenir en Suisse un concordat — lorsque ses créanciers représentant les deux tiers du montant total des dettes — qui sera obligatoire en France...¹, etc., etc.

C'est la loi du lieu où intervient l'homologation qui déterminera les conditions nécessaires pour l'obtention du concordat et ses effets.

Nous avons vu au § 60 à quelles personnes l'art. 9 du Traité est applicable. Le concordat prévu à cet article 9 sera régi comme celui de l'art. 8.



¹ Cf. art. 305 L. P. et 507. C. Com. Franç.

Appendice I

**Projet de revision du Traité franco-suisse de 1869
présenté par le Gouvernement français le 10 décembre 1921**

Texte des dispositions relatives à la faillite

TITRE II

Procédures spéciales

Art. 21.

§ 1. Les tribunaux de celui des deux Etats où est situé le domicile d'un commerçant français ou suisse sont compétents pour déclarer la faillite de ce commerçant.

Les tribunaux de celui des deux Etats où est situé le siège social d'une société commerciale sont compétents pour déclarer la faillite de cette société.

§ 2. Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par un tribunal compétent d'après les règles qui précèdent s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou l'administrateur peut, en conséquence, prendre toute mesure conservatoire ou d'administration

et exercer toute action comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut toutefois procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement en vertu duquel il agit a été revêtu de l'exequatur conformément aux règles édictées au titre III. Le jugement d'homologation du concordat rendu dans l'un des deux pays aura autorité de chose jugée dans l'autre et y sera exécutoire d'après les dispositions du titre III.

§ 3. Lorsque la faillite déclarée dans l'un des deux pays comprend une succursale ou un établissement dans l'autre, les formalités de publicité exigées par la législation de ce dernier pays seront remplies à la diligence du syndic ou administrateur au lieu de cette succursale ou de cet établissement.

§ 4. Les effets des sursis, concordats préventifs, règlements transactionnels pour quelque cause que ce soit ou liquidations judiciaires organisées dans l'un des deux Etats par les tribunaux du pays où se trouve le domicile d'un commerçant suisse ou français s'étendent, sous les conditions et dans la mesure spécifiée dans la présente convention relativement à la faillite, au territoire de l'autre Etat.

§ 5. Les biens meubles ou immeubles seront vendus en se conformant aux lois du pays où ils sont situés.

L'actif de la faillite sera réparti entre les créanciers conformément à la loi du pays où la faillite a été déclarée, sans qu'il puisse être fait de distinction entre Suisses et Français en raison de leur nationalité.

Les privilèges et droits de préférence établis sur les biens meubles ou immeubles sont régis par la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils sont situés.

La nomination et les pouvoirs de l'administrateur de la faillite, les formes de procédure à suivre, l'admission des créanciers et la formation du concordat sont réglés par la loi du pays où la faillite a été déclarée.

§ 6. Les tribunaux du pays où la faillite a été déclarée sont compétents pour statuer sur les questions qui s'y rattachent.

Les contestations relatives aux privilèges et droits de préférence, ainsi que celles relatives à la propriété, jouissance, usages des immeubles ou à tout autre droit relatif aux immeubles sont jugées par les tribunaux du pays où ces biens sont situés.

§ 7. Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays ne s'étendent pas au territoire de l'autre partie si le débiteur a été antérieurement dans un Etat tiers l'objet d'une déclaration de faillite dont les effets doivent s'étendre au territoire de cette autre partie en vertu des stipulations d'un traité conclu antérieurement à la présente convention entre elle et cet Etat tiers et si le syndic ou administrateur de cette faillite a déjà fait valoir les droits reconnus par le Traité.

TITRE III

Force exécutoire des décisions judiciaires

Art. 22.

Les décisions judiciaires et arbitrales en matière civile et commerciales rendues dans l'un des deux Etats contractants soit entre Français, soit entre Suisses, soit entre Français et Suisses ne seront exécutoires sur le territoire de l'autre partie qu'après avoir obtenu l'exequatur. L'exequatur sera accordé en France par le Tribunal statuant en audience publique après avis du Ministère public, en Suisse par l'autorité compétente dans la forme prescrite par la loi.

Les parties intéressées produiront :

1^o Une expédition de la décision dûment légalisée et réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;

2^o l'original de l'exploit de signification de la décision ou de tout autre acte qui tient lieu de signification ;

3^o un certificat délivré par le Greffier du Tribunal ou de la Cour ou par tout autre fonctionnaire compétent constatant qu'il n'existe ni opposition, ni appel, ni autre acte de recours.

Art. 23.

L'exequatur sera accordé :

1^o Si la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée ;

2^o si elle n'est pas frappée de prescription ou de péremption dans le pays où elle a été rendue ;

3^o si les règles de compétence et relatives aux lois applicables prévues dans la présente convention ont été observées ;

4^o si les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défailtantes.

L'exequatur pourra être accordé partiellement. La décision qui statue sur la demande d'exequatur ne sera pas susceptible d'opposition, mais elle pourra être l'objet d'un recours devant l'autorité compétente dans les délais et suivant les formes déterminées par la loi du pays où elle aura été rendue.

L'exequatur accordé par une autorité compétente d'une des deux parties rend la décision exécutoire sur tout le territoire de cette partie.

En accordant l'exequatur, l'autorité saisie ordonnera, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour que la décision étrangère reçoive la même publicité que si elle avait été prononcée dans le ressort où elle est rendue exécutoire.



Appendice II

Projet d'une Convention sur la Faillite **élaboré à la Conférence de droit international privé,** **tenue à La Haye, du 12 octobre au 7 novembre 1925**

Art. 1^{er}. La déclaration de faillite prononcée dans l'un des Etats contractants par le tribunal compétent aux termes de l'art. 2 est reconnue et produit ses effets dans l'autre Etat contractant de la manière et dans la mesure déterminées par les articles suivants.

Chaque Etat contractant a le droit de déclarer qu'il entend borner les effets du Traité au cas où le débiteur est commerçant.

Si cette réserve a été faite, la faillite ne produira l'effet indiqué à l'alinéa premier que si le juge du pays où cet effet est demandé reconnaît, d'après les règles applicables, suivant son propre droit, que le débiteur est commerçant.

Art. 2. Pour qu'une faillite déclarée dans l'un des Etats contractants produise ses effets dans l'autre, il faut qu'elle ait été déclarée par un tribunal de l'Etat où se trouve le principal établissement industriel ou commercial du débiteur ou, si cet établissement n'a pas à être pris en considération d'après la loi du pays où la faillite a été déclarée, par un tribunal de l'Etat où se trouve le domicile du débiteur ; s'il s'agit d'une société ou d'une association, il faut que

la faillite ait été déclarée par un tribunal de l'Etat où se trouve le siège social statutaire établi sans fraude ni fiction.

La déclaration de faillite par un tribunal compétent au terme du présent article empêche toute déclaration de faillite ultérieure après accomplissement des mesures de publicité prévues à l'art. 8, al. 2.

Art. 3. La faillite déclarée dans l'un des pays contractants par un tribunal autre que le Tribunal compétent au terme de l'art. 2 ne bénéficie pas du présent Traité.

Art. 4. Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par un tribunal compétent au terme de l'art. 2 s'étendent au territoire de l'autre pays.

Le syndic peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut, toutefois, procéder à des ventes d'immeubles ou à des actes d'exécution forcée que si le jugement déclaratif de faillite a été revêtu de l'exequatur.

Art. 5. Le juge de l'un des Etats contractants doit accorder l'exequatur au jugement déclaratif de faillite prononcé dans l'autre Etat, dès qu'il est établi :

1. Que la faillite a été déclarée par un tribunal compétent aux termes de l'article 2 ;

2. que la décision est exécutoire dans l'Etat où elle a été rendue ;

3. que l'expédition qui en est produite réunit, d'après la loi de cet Etat, les conditions nécessaires à son authenticité ;

4. que le débiteur a été légalement cité, représenté ou défaillant ;

5. que le jugement déclaratif de faillite ne contient rien de contraire à l'ordre public et au droit public du pays d'exécution ;

6. dans l'Etat ayant fait la déclaration visée à l'art. 1, al. 2 de la présente convention, que le débiteur est commerçant.

Le juge doit examiner d'office si les conditions ci-dessus énumérées sont remplies.

L'existence des mêmes conditions est requise toutes les fois qu'en cas de contestation un tribunal d'un Etat contractant est appelé à reconnaître une faillite déclarée dans l'autre Etat.

Art. 6. La loi du pays où la faillite a été déclarée conformément à l'art. 2 règle l'annulation des actes du débiteur par l'effet de la déclaration de faillite, ainsi que la non opposabilité de ces actes à la masse.

Toutefois un Etat contractant peut à l'égard des biens se trouvant sur son territoire, se réserver la faculté de ne pas reconnaître l'annulation ou la non-opposabilité à la masse au cas où la loi locale ne l'admettrait pas.

Art. 7. Le jugement homologuant le concordat après faillite, rendu dans un Etat contractant, sera reconnu dans l'autre Etat et y sera exécutoire moyennant exequatur lorsque, pour ce jugement, seront remplies les conditions énoncées à l'art. 5 et qu'en outre les mesures de publicité prescrites par l'art. 8 auront été accomplies avant la conclusion du concordat.

Art. 8. La faillite déclarée conformément à l'art. 2 est publiée de la manière et sous les sanctions établies par la loi de l'Etat où cette faillite a été déclarée.

En outre, le jugement déclaratif de faillite est, à la diligence du syndic, publié dans les pays où le failli possède une succursale et dans ceux où le syndic se propose d'invoquer les effets de la faillite. Dans chaque pays, cette publicité est faite en la forme prescrite par la loi territoriale et celle-ci détermine les conséquences du défaut de cette publicité à l'égard des biens qui s'y trouvent.

Art. 9. Dans toute faillite, les créanciers étrangers qui sont ressortissants d'un des Etats contractants, sont entièrement assimilés aux créanciers nationaux.

Art. 10. Les privilèges et droits réels sont, sous réserve des dispositions suivantes, régis par la loi du pays où se trouvent les immeubles ou les meubles qui en sont l'objet.

Le déplacement d'un meuble après la publication de la faillite est sans influence à cet égard.

Art. 11. Les privilèges généraux sont régis par la loi de la faillite déclarée conformément à l'art. 2. Toutefois, les privilèges d'ordre fiscal sont régis par la loi de l'Etat sur le territoire du quel se trouvent les biens.

Art. 12. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire saisie applique les règles de droit international privé en vigueur dans son pays lorsqu'il s'agit de décider si une personne a titre à un droit réel déterminé et notamment si une femme a titre à un droit d'hypothèque légale sur les biens de son mari.

Il appartient toutefois à la loi de la situation d'établir les limitations qui seraient apportées, dans l'intérêt des tiers, à l'exercice des droits de préférence sur les biens du débiteur mis en faillite.

Ar. 13. Les dispositions de l'art. 6 sont applicables à l'annulation d'un acte constitutif d'un droit réel sur les biens du débiteur.

Art. 14. Lorsque d'après les dispositions précédentes, la loi de la faillite est applicable aux privilèges et droits réels, ceux qui relèvent du droit maritime sont également soumis à cette loi.

Lorsque d'après les dispositions précédentes, la loi de la situation est applicable, la loi du pavillon lui est substituée pour ce qui concerne les privilèges et droits réels sur les navires.

Art. 15. Le titulaire d'un privilège ou d'un droit réel peut exercer son droit devant l'autorité judiciaire du pays où se trouve le bien objet de ce privilège ou droit réel.

Le syndic de la faillite, déclarée conformément à l'art. 2, reste en droit de faire rentrer dans la masse le reliquat subsistant après satisfaction des ayants-droit visés à l'article précédent.

Art. 16. La présente Convention s'applique aux faillites déclarées dans l'un des Etats contractants par le Tribunal compétent d'après l'art. 2, quelle que soit la nationalité du débiteur.

Art. 17. La présente Convention ne s'oppose pas à ce que chaque Etat contractant applique les mesures édictées par sa législation en vue d'assurer la continuation d'un service public dont est chargée une entreprise en faillite.

Sont, d'autre part, réservées les dispositions législatives exceptionnelles adoptées pour des raisons d'ordre public qui pourraient être prises pour la liquidation d'une entreprise déterminée.



